System

des

gemeinen deutschen Privatrechts.

Von

Georg Beseler.

Erste Abtheilung.

Allgemeiner Theil. Das allgemeine bürgerliche Recht.

Vierte vermehrte und verbesserte Auflage.

Berlin,
Weidmannsche Buchhandlung.
1885.

System

des

gemeinen deutschen Privatrechts.

Von

Dr. Georg Beseler.

Vierte vermehrte und verbesserte Auflage.

Berlin,
Weidmannsche Buchhandlung.
1885.

System

des

gemeinen deutschen Privatrechts.

Von

Dr. Georg Beseler.

Erste Abtheilung.

Allgemeiner Theil. Das allgemeine bürgerliche Recht.

Berlin,
Weidmannsche Buchhandlung.
1885.

Vorrede.

In der neuen Auflage dieses Werkes ist in der Ordnung des Systems Einiges geändert worden. Das Judenrecht und die Geschlechtsvormundschaft, welche dem geltenden Rechte nicht mehr angehören, sind ausgeschieden; das Urheberrecht, welches jetzt einen in sich abgeschlossenen Rechtstheil bildet, hat unter den Spezialrechten eine Stelle gefunden und auch den Verlagsvertrag an sich gezogen; das Näherrecht ist unter die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums aufgenommen; die Grundlasten bilden jetzt ein Kapitel des Sachenrechts.

Im Texte des Werkes ist, abgesehen von der Einfügung der inzwischen veröffentlichten Reichsgesetze, wenig verändert worden, und nur einige Lehren, wie die Inhaberpapiere, die Enteignung, das Urheberrecht, das Gewerberecht, das Recht der Actiengesellschaften haben eine Umarbeitung erfahren. Desto zahlreicher sind die durch eine sorgfältige Berücksichtigung der neueren Literatur und Rechtssprechung hervorgerufenen Zusätze in den Noten, wobei die Entscheidungen des Reichs-Ober-Handelsgerichts und des Reichsgerichts selbstverständlich den reichsten Ertrag boten. Abänderungen und Erweiterungen finden sich namentlich in folgenden Paragraphen: 2. 34. 39. 41. 43. 54. 56. 57. 63. 70. 86. 87. 88. 90. 95. 107. 110. 111. 114. 116. 117. 119. 121. 125. 133. 144. 146. 192. 210—24. 228. 230. 232—36. 238. 240. 246. 247. 250. 253—55. 258. 265.

Schließlich erfülle ich eine angenehme Pflicht, indem ich dem Herrn Dr. Max Pappenheim in Breslau für die wesentliche Hülfe, welche er mir bei der Revision des Handels-, Wechsel- und Seerechts geleistet hat, meinen Dank ausspreche.

Berlin, im Juni 1885.

G. B.

Vorrede zur ersten Auflage.
(1847.)

Wenn es dem Gelingen einer Arbeit förderlich ist, daß man von Anfang an die Schwierigkeiten, welche bei derselben zu überwinden sind, klar erkannt hat, so darf ich für dieses Werk, dessen ersten Band ich jetzt dem Publikum vorlege, eine gute Meinung in Anspruch nehmen. Denn gerade die Erwägung jener Schwierigkeiten hat mich abgehalten, schon früher damit hervorzutreten.

Es sind nicht so sehr die allgemeinen Zweifel und Bedenken, ob wir auch wirklich noch ein gemeines deutsches Recht haben und ob dieses für die Privatrechtsverhältnisse aus den einheimischen Quellen abgeleitet werden kann, welche ich hier im Auge habe. Denn für denjenigen, welcher eine bestimmte Lehre zu praktischen Zwecken darstellen will, muß diese Vorfrage erledigt sein, und es kommt nur darauf an, welche wissenschaftlichen Mittel ihm zu Gebote stehen, seiner Ansicht Geltung zu verschaffen, um die Grundlage des ganzen Werkes zu sichern. Aber bei der weiteren Ausführung desselben zeigen sich noch manche andere Bedenken, welche zu beseitigen sind. Die Grenze, welche zwischen dem Staatsrecht und dem Privatrecht hinläuft, ist in unserm deutschen Rechtswesen noch nicht scharf genug gezogen; deutsches und römisches Recht haben sich, wenigstens in manchen Instituten noch nicht so innig durchdrungen, daß es sich stets ganz sicher bestimmen ließe, woher das leitende Princip, die einzelne Regel zu entnehmen. Und ferner: wie ist das rechte Maaß zu halten zwischen der geschichtlichen Entwicklung, bestimmt die geltende Rechtslehre begründen zu helfen, und der Rechtsgeschichte selbst, die immer belehrend, doch in ihrer selbständigen Bedeutung nicht der Dogmatik einverleibt werden darf? — Daß es nöthig ist, auch auf das Recht verwandter Völker Rücksicht zu nehmen, kann nicht bezweifelt werden; und doch wird man dadurch so leicht verführt, den Combinationen einer

vergleichenden Rechtswissenschaft nachzugehen, und den festen Kern des einheimischen Rechts gegen eine unbestimmte Masse allgemeiner Rechtsinstitute, welche in dieser Form nirgends Gültigkeit haben, einzutauschen. Die deutschen Particularrechte endlich sind auch für die Darstellung des gemeinen Rechts unentbehrlich, selbst wenn sie den formellen Zusammenhang mit demselben aufgegeben haben; aber soll hier Vollständigkeit angestrebt werden? ist die genaue Rechtsstatistik, so außerordentlich wichtig an und für sich, doch nicht eine Klippe für die strenge, principienmäßige Entwicklung gemeinrechtlicher Institute, die in der bunten Mannichfaltigkeit particularrechtlicher, oft willkührlicher Satzungen so leicht um alle Einheit und Haltung kommen? Und auf der andern Seite, wie gefährlich ist es doch, ohne die gehörige Berücksichtigung des in concreten Erscheinungen bestimmt ausgeprägten Rechtslebens blos der Deduction aus allgemeinen Begriffen sich hinzugeben!

Schon lange habe ich die Ueberzeugung gehegt, daß vor Allem ein Mittel nöthig ist, auf diesem gefährlichen Wasser eine sichere Fahrt herzustellen, — nämlich die Revision der Lehre von den Rechtsquellen. Was ich darüber mit Beziehung auf die Reform unsers deutschen Rechtswesens überhaupt vor einigen Jahren veröffentlicht habe, hat jetzt eine vollständige, mehr zusammengenommene und schulgemäß formulirte Darstellung gefunden; es wird dadurch, wie ich hoffe, mit verständigen Gegnern eine Verständigung erleichtert sein. Einem gewöhnlichen Schuster freilich begreiflich machen zu wollen, daß die Leisten, nach welchen er bisher gearbeitet hat, nicht von der rechten Art sind, ist ein bedenkliches Unternehmen; doch wird die Wahrheit auch hier schon über das Handwerk den Sieg davon tragen.

Mit der richtigen Auffassung der Lehre von den Rechtsquellen ist es aber noch nicht allein gethan; es kommt ebenso sehr auf die gehörige Kenntniß und Behandlung des Stoffes an. Auch versteht es sich von selbst, daß bei der Darstellung des positiven Rechts blos subjectiven Neigungen und Gefühlen kein Einfluß eingeräumt werden darf; daß die wissenschaftliche Kritik in ihrer freiesten Bewegung wohl eine Reform anbahnen kann, aber das Bessere blos deswegen, weil sie es als solches nachweist, noch nicht zum Bestehenden macht. Zuerst gilt die Frage, was ist Recht? dann mag weiter untersucht werden, was Recht sein könnte und sollte. Hält man an diesem Princip fest, so ist namentlich auch den Germanisten und Romanisten bei der Bearbeitung unseres ge-

meinen Civilrechts die Möglichkeit einer gemeinsamen Thätigkeit gegeben, indem sie sich gegenseitig fördern und unterstützen. Ja selbst die Lösung der Frage über die Fortbildung unseres Rechtswesens bedingt nicht nothwendig ein feindliches Verhältniß unter ihnen; denn theils ist es doch an und für sich kein entscheidendes Moment, mit welchen Rechtsquellen jemand sich hauptsächlich beschäftigt, und die Erfahrung zeigt es, wie viel Tüchtiges in jeder Weise von ausgezeichneten und verdienstvollen Männern unter den Romanisten geleistet worden; theils ist der Vorzug, welcher einigen Instituten in ihrer römisch-rechtlichen Ausbildung beigelegt wird, ein wirklich begründeter.

Dessenungeachtet halte ich dafür, daß der Gegensatz, der sich in neuerer Zeit wieder schroffer und allgemeiner zwischen den Germanisten und Romanisten ausgebildet hat, aus der inneren Entwickelung unserer Jurisprudenz hervorgegangen und die nothwendige Folge jener nationalen Bewegung ist, welche seit der Mitte des 17. Jahrhunderts gegen die beinahe absolute Herrschaft des römischen Rechts hervortrat. Das letzte Ziel dieses Kampfes, wie er in neuerer Zeit von den Germanisten wieder aufgenommen worden, ist aber nicht darauf gerichtet, den ganzen Inhalt der fremden Quellen aus unserem Rechte zu verdrängen oder von den älteren deutschen Rechtsinstituten einige mehr in Ansehen und Geltung zu bringen; sondern die Aufgabe ist, den gesammten vorhandenen Rechtsstoff wissenschaftlich zu durchdringen, ihn im Geiste einer selbständigen, nationalen Rechtsbildung frei zu beherrschen und den Anforderungen der deutschen Gegenwart dienstbar zu machen. Ist dieses erst gelungen, so wird der Gegensatz von Germanisten und Romanisten von selbst aufhören, und in einer deutschen Jurisprudenz seine Ausgleichung und Versöhnung finden. Bis dahin aber wird und muß der Kampf fortdauern, sei es nun, daß er auf dem Gebiete des gemeinen Rechts in dem Volksleben und der Wissenschaft allein ausgefochten wird, oder daß eine deutsche Nationalgesetzgebung erwächst, welche diese große vaterländische Angelegenheit an sich zieht und sie zum vollen festen Abschluß bringt. Der neue von Preußen angeregte Plan zur Herstellung eines gemeinsamen deutschen Wechselgesetzes berechtigt in dieser Beziehung zu den schönsten Hoffnungen. Möge man nur, wenn das Werk zu Stande kommt, auch Sorge tragen, daß es vor der einseitigen Abänderung durch die Betheiligten möglichst sicher gestellt werde. — —

Inhaltsverzeichniß.

Erstes Buch.
Allgemeiner Theil.

Erster Abschnitt.
Einleitende Erörterungen.

Erstes Kapitel. Begriff, Umfang und System des gemeinen deutschen Privatrechts.

I. Das gemeine Recht und seine Gegensätze. Seite

Zweites Kapitel. Methode des gemeinen deutschen Privatrechts.

Zweiter Abschnitt.

Die Rechtsquellen.

Erstes Kapitel. Die Rechtsquellen im Allgemeinen.

Zweites Kapitel. Die Quellen und Hülfsmittel des gemeinen deutschen Privatrechts.

*) Die eingeklammerten Zahlen bezeichnen die betreffenden §§. der dritten Auflage.

Zweites Kapitel. Die juristischen Personen.

I. Im Allgemeinen.

II. Die Corporation.

Zweiter Abschnitt.

Das Sachenrecht.

Erstes Kapitel. Begriff und Arten der Sachen.

III. Verhältniß mehrerer Sachen zu einander.

Zweites Kapitel. Der Besitz.

Drittes Kapitel. Das Eigenthum.

Viertes Kapitel. Die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums.

Vierter Abschnitt.

Das Familienrecht.

Erstes Kapitel. Das Eherecht.

IV. Eheliches Güterrecht.

Zweites Kapitel. Die Vormundschaft.

Fünfter Abschnitt.

Das Erbrecht.

Erstes Kapitel. Die gesetzliche Erbfolge.

Zweites Kapitel. Die Erbverträge.

I. Der Erbeinsetzungsvertrag.

Drittes Kapitel. Die Testamente.

Drittes Buch.

Die Spezialrechte mit Einschluß des Ständerechts.

Einleitung.

Erster Abschnitt.

Das Lehenrecht.

Zweiter Abschnitt.

Das Adelsrecht.

Erstes Kapitel. Der Adel im Allgemeinen.

Zweites Kapitel. Der hohe Adel.

Drittes Kapitel. Der niedere Adel.

Dritter Abschnitt.

Das Landwirthschaftsrecht.

Erste Abtheilung.

Von den bei der Landwirthschaft thätigen Personen.

Zweite Abtheilung.

Von den Landgütern.

Erstes Kapitel. Im Allgemeinen.

Zweites Kapitel. Von den Bauergütern.

Dritte Abtheilung.

Von den bei der Landwirthschaft vorkommenden Rechtsgeschäften.

Vierter Abschnitt.

Das Forst- und Jagdrecht.

Fünfter Abschnitt.

Das Wasser- und Deichrecht.

Sechster Abschnitt.

Das Bergrecht.

Siebenter Abschnitt.

Das Urheberrecht.

Achter Abschnitt.

Das Gewerberecht.

Neunter Abschnitt.

Das Handelsrecht.

Erstes Kapitel. Von dem Handel und den bei dem Handel thätigen Personen.

Zweites Kapitel. Die Handelsgesellschaften.

Drittes Kapitel. Die Handelsgeschäfte.

Zehnter Abschnitt.

Das Wechselrecht.

Erstes Kapitel. Allgemeine Lehren.

Zweites Kapitel. Der gezogene Wechsel.

Drittes Kapitel.

Elfter Abschnitt.

Das Seerecht.

Erstes Buch.

Allgemeiner Theil.

Erster Abschnitt.

Einleitende Erörterungen.

Erstes Kapitel.

Begriff, Umfang und System des gemeinen deutschen Privatrechts.

I. Das gemeine Recht und seine Gegensätze.

§. 1.

Gemeines und particulares Recht.

Das Rechtswesen eines Volkes kann mit Rücksicht auf die größere oder geringere Gemeinschaft des Rechts und die räumliche Geltung der Rechtsquellen in verschiedener Weise geordnet sein.

In einigen Staaten gilt das gleiche Recht für das ganze Gebiet und die einzelnen Gebietstheile, so daß Abweichungen von dem herrschenden Rechtssysteme nur ausnahmsweise und in ganz untergeordneten Verhältnissen stattfinden. So verhält es sich in Frankreich und denjenigen Staaten, welche die französische Rechtsverfassung sich angeeignet haben; ebenso, was das Privatrecht betrifft, in Oesterreich.

Den Gegensatz davon bildet diejenige staatliche Ordnung, welche die Rechtsgemeinschaft nur in der Verfassung der Gesammtheit zum Ausdruck bringt, im Uebrigen aber den einzelnen Gliedern die volle Selbständigkeit ihrer besonderen Rechtsbildungen gewährt. Dies ist der Fall in der Schweiz, welche, abgesehen von einzelnen allgemeinen Bundesgesetzen, neben dem Bundesrechte nur selbständige Kantonalrechte kennt, und nicht einmal in der früheren Gemeinschaft der Stammesrechte, der burgundischen und alamannischen, den Grund für eine engere Vereinigung zusammengehöriger Gruppen gefunden hat. Widerstreitet eine solche Vereinzelung der Theile auch dem Wesen des Einheitsstaates, und wird sie nur bei einer Staatenvereinigung (Bundesstaat, Staatenbund, Gesammtstaat) consequent durchgeführt werden können, so ist sie doch mit dieser nicht nothwendig verbunden.

Ein mittleres Verhältniß findet da statt, wo die Rechtsgemeinschaft für das Ganze in einem größeren Umfange besteht, daneben aber für einzelne Gebietstheile (Länder, Provinzen, Gemeinden) besondere Rechtsbildungen zur Anwendung kommen. Dann nennt man das für das Ganze geltende Rechtssystem das gemeine Recht (ius commune); das daneben bestehende Recht der einzelnen Gebietstheile das Particularrecht (ius particulare), welches wieder Landes-, Provinzial- und Statutarrecht sein kann. Diese Rechtsordnung gilt in Deutschland und wieder in einzelnen deutschen Staaten z. B. in Preußen, wo sogar drei selbständige Rechtssysteme für das Privatrecht neben einander vorkommen: das allgemeine Landrecht, das gemeine deutsche Recht und das rheinisch-französische Recht, neben den beiden ersteren aber wieder die Provinzial- und Statutarrechte Anwendung finden.

In Deutschland ist die Gemeinschaft des Rechts in den verschiedenen Perioden der Geschichte nicht immer die gleiche gewesen. So lange noch die einzelnen Volksstämme unverbunden neben einander bestanden, hatten sie auch ihr besonderes Recht, welches zwar, auf dem Grunde derselben Nationalität erwachsen, in den Hauptzügen übereinstimmte, aber doch in voller Selbständigkeit geübt ward und sich weiter entwickelte. Erst die fränkische Monarchie brachte Einheit in die Mannichfaltigkeit und schuf eine Reichsgesetzgebung, welche in den Capitularien für einzelne Institute bereits eine wahre Rechtsgemeinschaft begründete. Diese ward unter den deutschen Stämmen noch verstärkt, als sie sich zu einem selbständigen Reichsverbande constituirt hatten und in den großen Kämpfen des 9. und 10. Jahrhunderts den auswärtigen Feinden gegenüber das Bewußtsein der Nationalität im Volke erstarkt war. Doch blieb auch noch später die Einheit des Stammesrechts das hauptsächlichste Band der Rechtsgemeinschaft[1]); ja diese zog sich häufig in die noch engeren Kreise eines Herzogthums, einer Grafschaft, eines Stiftes u. s. w. zurück, und das gemeinsame Recht solcher Bezirke ward gleichfalls als das gemeine Landesrecht bezeichnet[2]). Für das gemeine Reichsrecht ward dann der

[1]) Diese Selbständigkeit der Stammesrechte, welche für das neuere Recht zu wenig beachtet wird, ist auch nach Begründung der Territorialität nicht ganz gebrochen; eine wichtige, wenn gleich sehr beschränkte Form der Fortführung findet sich namentlich in dem s. g. gemeinen Sachsenrecht (ius commune saxonicum). — Eine starke Einwirkung namentlich auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts hat das Recht der Franken von der Zeit ihrer Vorherrschaft her ausgeübt; doch ist dessen Einfluß überhaupt und insbesondere der der Lex Salica für Deutschland maaßlos überschätzt von R. Sohm: Fränkisches Recht und römisches Recht (Zeitschrift der Savigny-Stiftung, 1. Band. Germanist. Abth. S. 1 ff.)

[2]) Vgl. J. Merkel, de republ. Alam. p. 75. Note 4. p. 81. Note 51. — Terra ward dann in demselben Sinne gebraucht, wie in dem Weisthum des kaiser-

Ausdruck Kaiserrecht üblich[3]), und in den süddeutschen Rechtsbüchern des 13. Jahrhunderts (Deutschspiegel und Schwabenspiegel) begannen schon die Versuche, es für die praktische Anwendung zusammen zu fassen. Als die Quellen desselben erscheinen aber nicht blos die Reichsgesetze, sondern auch allgemeine Nationalgewohnheiten, so daß es als ungeschriebenes Recht ausdrücklich bezeichnet wird[4]).

Wäre dem deutschen Reiche eine gesunde Entwickelung beschieden gewesen, so würde sich auch das deutsche Recht mehr und mehr einer nationalen Ausbildung erfreut und, trotz aller Mannichfaltigkeit im Einzelnen, sich zu einem einheitlichen Rechtssysteme zusammengeschlossen haben. Aber die centrifugale Richtung, welche seit dem 13. Jahrhundert den Particularismus zur Herrschaft brachte und schließlich zur Auflösung des Reichsverbandes führte, hat auch auf das deutsche Rechtswesen ihren bestimmenden Einfluß geäußert, und es lag die Gefahr nahe, daß ähnlich wie in der Schweiz das besondere Recht der einzelnen Länder, Landschaften nnd Gemeinden zur ausschließlichen Herrschaft gelangte. Da trat ein Ereigniß ein, welches einen entscheidenden Wendepunkt in der deutschen Rechtsgeschichte bezeichnet, — die Reception des römischen Rechts (s. unten §. 8). Welche Folgen auch sonst damit verknüpft gewesen sein mögen, in Einer Beziehung hat die Herrschaft des fremden Rechts sich jedenfalls wohlthätig erwiesen und die nationale Entwickelung gefördert, indem sie der bunten Mannichfaltigkeit der Particularrechte gegenüber das

---

lichen Hofgerichts von 1231 (Pertz, L. L. II. p. 283) domini und meliores et maiores terrae vorkommen. Beispiele s. bei Haltaus, glossarium s. v. gemein Recht p. 641, 642 und s. v. Landrecht p. 1172, 73 aus dem 13. und 14. Jahrh. aus Holstein, Mecklenburg, Hessen, Utrecht. Haltaus freilich hat diesen Sinn der Worte von dem des gemeinen Reichsrechts nicht immer gehörig unterschieden.

[3]) Haltaus l. c. s. v. gemein Recht und Kayserrecht. — Kraut, Grundriß §. 5. Nr. 26—29. 50—57. — Reyscher in der Zeitschrift für deutsches Recht I. S. 14—24. IX. S. 384—404.

[4]) Erfurter Willkür v. J. 1300. Ar. 2. bei Kraut a. a. O. Nr. 28. „Die Sache ist geurtheilt nach der Stadt Rechte und Gewonheit des Reichs und anderer Städte." — Stiftungsurkunde für Freiburg i. B. v. J. 1120 in dem Programm von H. Schreiber (Freiburg 1833, 4.) S. 31. Si quando disceptacio vel questio inter burgenses meos orta fuerit, non secundum meum arbitrium vel rectoris eorum discucietur sed pro consuetudinario et legitimo iure omnium mercatorum precipue autem Coloniensium examinabitur iudicio. — Vgl. Handfeste der Stadt Bern v. J. 1228. Art. 5. — Boehmer, cod. dipl. Moenofr. I. p. 44, Urk. v. J. 1225 — secundum ius imperii. — Auch in der Urkunde Konrad III. für das Bisthum Havelberg v. J. 1150. (Riedel, novus cod. dipl. Brandenb. II. p. 438) Subadvocatos vero omnino interdicimus, quos etiam communis lex tocius regni nostri ab advocatia iusto iudicio removet — ist lex im weiteren Sinne für ius zu nehmen. Vgl. Beseler, Zeitschrift für Rechtsgesch. II. S. 375—76.

Princip der Einheit vertrat [5]). Seit dem 16. Jahrhundert übte das gemeine Recht in Deutschland eine vorwaltende, selbst durch die Landesgesetzgebung nur wenig beschränkte Macht aus, und diese dauert auch jetzt noch in den wichtigsten Beziehungen des Rechtslebens und der Wissenschaft fort, obgleich sie seit dem Ende des 18. Jahrhunderts durch die modernen Codificationen einen erheblichen Abbruch erlitten hat. Die Wiederaufrichtung eines deutschen Reichs hat dann auch auf dem Rechtsgebiete die nationalen Kräfte zur einheitlichen Arbeit zusammengefaßt.

Das gemeine Recht in dem Sinne, wie es in Deutschland zur Geltung gelangt ist, beruht also nicht auf einer zufälligen Gleichheit oder Aehnlichkeit der Rechtsbildung; es ist nicht blos die Summe übereinstimmender Particularrechte, sondern unabhängig von deren Gestaltung, gilt es vermöge seiner inneren Beschaffenheit und der Natur seiner Quellen als Einheit für das Ganze und deswegen auch für die einzelnen Theile, insoweit sich diese nicht seiner Herrschaft entzogen haben. Es setzt namentlich Rechtsquellen voraus, welche ihrer Natur nach geeignet sind, gemeinsames Recht zu begründen, — also die Reichsgesetze und das Gewohnheitsrecht. Eine blos zufällige, durch äußere Gründe veranlaßte Uebereinstimmung der Particularrechte hat nur ein Aggregat gleichförmiger Regeln, aber kein gemeinsames Recht zur Folge, welches als solches schon in den einzelnen Theilen des Gesammtgebietes anzuwenden wäre. Es steht dem gemeinen Recht (ius commune) als das allgemeine (ius universale s. generale) gegenüber [6]), oder, wie Andere den Unterschied bezeichnen, dem juristisch gemeinen Rechte als das factisch (historisch, materiell) gemeine Recht [7]).

§. 2.

Das gemeine Recht als absolutes Recht und Hülfsrecht.

Das gemeine Recht in Deutschland ist auch später, zur Zeit seiner weitesten Geltung, nie zu einer solchen Stellung gelangt, daß es zu einem

---

5) Vgl. Beseler, Volksrecht und Juristenrecht S. 41.

6) G. Hufeland, Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaft. Stück I. Nr. I. S. 7 ff. Nr. III. S. 63 ff. — Maurenbrecher, Lehrbuch des deutschen Privatrechts (2. Aufl.) I. §. 3. — Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 47.

7) v. Wächter, gemeines Recht Deutschlands S. 6 ff. — Mit dieser Unterscheidung ist es nicht zu verwechseln wenn Reyscher (Zeitschr. für deutsches Recht. I, S. 14 ff. IX, S. 339) das gemeine Recht in ein formell und materiell gemeines zerfallen läßt, je nachdem es durch Gesetz und Gewohnheit oder vermöge der innern Wahrheit seiner Sätze (nach der Natur der Sache) geltend geworden. Dieser Gegensatz hängt mit der Auffassung der Quellenlehre zusammen, während Wächter den

absolut herrschenden geworden wäre. Die politischen Einrichtungen der Gesammtverfassung werden freilich immer, soweit sie überhaupt noch bestehen, einer particularen Abänderung entzogen sein; dasselbe gilt für solche Satzungen, welche als absolute Normen aufgestellt sind, was früher ausnahmsweise geschah[1]), für den Kreis der neuen Reichsgesetze aber die Regel bildet[2]), so daß nur, insoweit sie selbst es freilassen, ihre Abänderung durch die Landesgesetzgebung möglich ist. Dieselbe Kraft kann durch die Sitte der Nation gewissen Rechtsgrundsätzen beiwohnen, z. B. Anerkennung der persönlichen Freiheit, Ausschließung der sittlich unmöglichen Bedingungen und Verträge vom Rechtsgebiete; vgl. unten §. 6. Aber im Allgemeinen hat sich das Rechtswesen Deutschlands so entwickelt, daß in den einzelnen, mehr oder weniger selbständigen Theilen des Gesammtgebietes deren besonderes Recht zunächst zur Anwendung gebracht wird, und dieses, das particulare Recht, in dem gemeinen Rechte nur seine Ergänzung findet. Zwischen beiden besteht das Verhältniß der Regel und der Ausnahme, wobei freilich, je nachdem das Particularrecht vollständiger oder dürftiger ausgebildet ist, die Ergänzung aus dem gemeinen Rechte dem Umfange nach (quantitativ) eine verschiedene sein kann[3]). Das letztere kommt dann nur zur Aushülfe (in subsidium) zur Anwendung und wird daher als ein subsidiarisches oder Hülfsrecht bezeichnet. Allein die Voraussetzungen dieser Anwendung sind nicht immer dieselben, und darauf beruht ein Unterschied, welcher für die genauere Begriffsbestimmung von Wichtigkeit ist.

---

seinigen mit der Erörterung der Frage, ob es noch ein gemeines deutsches Recht giebt, in Verbindung gebracht hat.

[1]) Dahin gehören z. B. die Vorschriften der deutschen B. A. Art. 14. über das Recht der früher reichsständischen Familien. Aus der Zeit des deutschen Reichs findet sich ein Beispiel in dem Gesetze über das Repräsentationsrecht der Enkel, Freiburger R. A. von 1498. §. 37. Succession der Tichtern und Enckeln betreffend (Neue Sammlung der Reichsabschiede II. S. 46). Hier ist am Schluß des Paragraphen bis zum künftigen Reichstag für entgegenstehende Landesbräuche noch ein Vorbehalt gemacht, der aber bereits in der K. G. O. v. 1500. §. 19. (a. a. O. S. 71) weggelassen ist.

[2]) R. V. Art. 2. „Innerhalb dieses Bundesgebietes übt das Reich das Recht der Gesetzgebung nach Maßgabe des Inhalts dieser Verfassung und mit der Wirkung aus, daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorausgehen." — Unter den Landesgesetzen sind hier auch die Provinzialrechte und Statuten verstanden. Nur wenn ein Reichsgesetz Abänderungen durch die Landesgesetzgebung ausdrücklich gestattet, haben diese selbstverständlich volle Geltung.

[3]) Ein zu großes Gewicht auf diesen Unterschied bei der Anwendung des gemeinen Rechts, welcher durch die größere oder geringere Vollständigkeit des Particularrechts bedingt ist, legt Bruns, Encyclopädie von Ersch und Gruber Sect. I. Bd. 57. s. v. gemeines Recht S. 213.

I. Das subsidiarische gemeine Recht ist seiner Beschaffenheit und dem Umfange seiner Geltung nach von so allgemeiner Natur, daß es unter den gegebenen Verhältnissen ohne weitere positive Voraussetzungen zur Anwendung kommen kann, falls nur das Particularrecht es für ein gegebenes Rechtsverhältniß nicht ausdrücklich ausschließt, oder die entsprechenden Rechtsregeln schon ganz vollständig enthält und einer weiteren Ergänzung also nicht mehr bedarf. Das drückte man früher so aus: wer sich auf das gemeine Recht berufe, habe fundatam intentionem, und brauche seine Anwendbarkeit nicht besonders nachzuweisen.

II. Allein das gemeine Recht hat nicht nothwendig und nicht immer eine solche unbedingte Wirksamkeit; außer jenen negativen Voraussetzungen, von denen seine Anwendbarkeit, insofern es ein bloßes Hülfsrecht ist, überhaupt abhängt, kann auch dessen ausdrückliche Anerkennung im Particularrechte nothwendig sein, indem noch gewisse positive Erfordernisse hinzukommen müssen, von deren Vorhandensein man sich zu überzeugen hat, ehe für die Geltung zu entscheiden ist. Verschiedene Umstände vermögen es, eine solche weitere Beschränkung der Wirksamkeit hervorzurufen. Es kommen hier solche Institute in Betracht, welche im römischen und deutschen Rechte ihre selbständige Entwickelung erhalten haben, so daß für die Ergänzung der Particularrechte ein mehrfaches Material sich darbietet, z. B. Dotalrecht und deutsches eheliches Güterrecht, Emphyteusis und Erbleihe. Außerdem giebt es Institute, welche nicht auf bestimmt abgeschlossene Bezirke beschränkt sind und nicht blos auf particulärer Rechtsbildung beruhen, aber doch in ihrer besonderen Gestaltung keine einheitliche Form aufweisen, z. B. die eheliche Gütergemeinschaft. Für die Institute dieser Art läßt sich wohl eine gemeinrechtliche Theorie aufstellen, allein deren Anwendung ist noch von einer bestimmten Voraussetzung bedingt. Bei der Concurrenz der römischen und deutschen Rechtsinstitute muß die Vorfrage gelöst werden, welchem Rechtssysteme das betreffende Landesrecht für sie gefolgt ist, und in dem andern Fall muß festgestellt werden, ob das Institut überhaupt und in welcher Form es in dem Particularrechte anerkannt ist.

In beiden Fällen hat das Institut, wie man sich ausdrückt, nur die Bedeutung eines hypothetisch gemeinen Rechts, dessen einzelne Regeln erst dann zur Anwendung kommen, wenn über die Geltung des Instituts im Particularrechte keine Zweifel mehr bestehen[4]). Nur wo diese vor-

[4]) Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 40. Note c. — Albrecht, in den Berliner Jahrbüchern, 1830. S. 504. — Der Ausdruck: hypothetisch gemeines Recht ist der Terminologie des älteren Naturrechts entlehnt; vgl. Glück, Pandecten-Commentar I. S. 119.

handen sind und Rechtsübung oder Wissenschaft nicht schon die Entscheidung gegeben haben, bedarf es noch einer besonderen Untersuchung, welche nicht im Sinne der älteren Theorie durch eine Beweisführung von Seiten der Parteien oder durch Präsumtionen, z. B. für das Dotalrecht, die Emphyteusis, ersetzt werden kann. Da also das gesammte subsidiarische gemeine Recht nach den hervorgehobenen Gegensätzen in zwei ihrer Wirksamkeit nach verschiedene Massen zerfällt, so ist es gut, daß man dafür auch eine bezeichnende Terminologie annimmt, und so kann man nach den oben angegebenen Momenten ein gemeines, unbedingt oder bedingt subsidiarisches Recht unterscheiden[5]).

§. 3.

Gemeines und anomalisches Recht. Allgemeines bürgerliches Recht und Spezialrecht.

Bis jetzt ist das gemeine Recht nur mit Rücksicht auf den räumlichen Umfang und die Art seiner Geltung betrachtet worden; in diesem Sinne wird es auch gewöhnlich aufgefaßt, so daß, wenn nicht der Zusammenhang der Rede auf etwas Anderes schließen läßt, das Wort in der angegebenen Bedeutung zu nehmen ist. Allein der Ausdruck wird auch auf die Beschaffenheit des Inhalts bezogen, und darüber ist hier noch zu handeln.

I. Wenn vorher gesagt wurde, das gemeine Recht verhalte sich zum Particularrecht wie die Regel zur Ausnahme, so ward dabei zunächst nur an die Rangordnung bei der Anwendung gedacht; man versteht

---

5) S. Beseler, Volksrecht und Juristenr. S. 96—98. Diese Unterscheidung ist in neuerer Zeit von mehreren Seiten angegriffen worden, ohne daß ich mich von ihrer Unrichtigkeit oder Entbehrlichkeit habe überzeugen können. v. Wächter, Württ. Privatrecht I. S. 1083—84, verwirft sie, weil er überhaupt kein gemeines deutsches Privatrecht anerkennt, s. unten §. 4; später (gemeines Recht Deutschlands S. 13. 184. Note 223) hat er nur noch besonders die früher von mir gewählte Terminologie: unbedingt und bedingt gemeines Recht, und zwar mit Recht, getadelt. — Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht S. 126—27, will das bedingt subsidiarische Recht gar nicht als ein gemeines Recht gelten lassen, und auch Bruns a. a. O. 213. 218 meint, es sei in der That gar kein wirkliches gemeines Recht, sondern höchstens ein relativ gemeines Recht für die Gegenden, wo sich das betreffende Institut findet. Allein das Entscheidende ist, daß diese Gegenden nicht räumlich abgeschlossen sind und das principielle, in diesen Instituten ausgebildete Recht nicht auf dem Boden des particulären Rechts erwachsen ist. Ich kann in dieser negativen Auffassung der Frage nur eine Verkürzung unseres gemeinen Rechtsstoffs finden, welche weder durch den Begriff des gemeinen Rechts an sich, noch durch dessen geschichtliche Feststellung in Deutschland gerechtfertigt wird.

aber auch unter dem gemeinen Recht, welches in diesem Sinne bei den Römern gleichfalls als ius commune bezeichnet ward[1]), den Inbegriff derjenigen Rechtsregeln, welche dem Geiste eines positiven Rechtssystems, der ratio iuris entsprechen, also den Charakter des Regelmäßigen an sich tragen, während das ihm gegenüberstehende besondere oder anomalische Recht (ius singulare oder privilegium im weiteren Sinne) nicht auf dem reinen Rechtsgebiet entsprungen ist, sondern den Grund seiner Geltung in einer Berücksichtigung der Zweckmäßigkeit oder Billigkeit hat. Dies anomalische Recht kann aber in einem eben so weiten Umfange zur Anwendung kommen, wie das regelmäßige, z. B. bei den Privilegien der Minderjährigen, und ist in dieser Hinsicht bald gemeines, bald particulares Recht[2]).

a. Verschieden von diesem anomalischen Rechte oder den Privilegien im weiteren Sinne sind die blos individuellen Privilegien, welche einer Person oder einem Grundstücke zustehen (s. unten §. 50). Sie gehören dem Rechte im subjectiven Sinne an, während das ius singulare dem Rechte im objectiven Sinne beizuzählen ist, indem es Rechtsregeln, d. h. Normen für Rechtsverhältnisse aufstellt.

b. Das anomalische Recht gilt nur für diejenigen Verhältnisse, für welche es ausdrücklich begründet ist, und darf auf verwandte Verhältnisse nicht analog ausgedehnt werden, eben weil es der ratio iuris widerspricht. Soweit aber nach dem Zweck der singulären Rechtsnorm ihre Anwendung gehen soll, muß sie auch unbefangen angewandt werden; nur in diesem Sinne ist die Regel aufzufassen, daß das ius singulare streng auszulegen (strictissimae interpretationis) ist.

II. Verschieden von dem anomalischen Rechte ist eine andere Form der Rechtsbildung, welche passend als das Spezialrecht (ius speciale) bezeichnet werden kann[3]). Dasselbe kommt nicht allgemein zur Anwendung, sondern gilt nur für bestimmte Kreise von Rechtsverhältnissen. Aber diese Beschränkung ist keine räumliche, sondern beruht auf der Beschaffenheit des Objects: das Spezialrecht trägt nicht den Charakter des Anomalischen an sich, sondern stellt eine regelmäßige Rechtsbildung dar, welche ihre eigene ratio in sich trägt und sich dadurch von dem ius

---

[1]) L. 15. D. de vulg. et pupill. substitut. (28. 6).

[2]) Vgl. überhaupt Kierulff, Theorie I. S. 47 ff. — v. Savigny, System I. S. 61 ff.

[3]) Andere z. B. Heffter, die Sonderrechte der vormals reichsständischen Häuser Deutschlands (Berlin 1871) haben dafür die Bezeichnung Sonderrecht gewählt. Allein ich halte diesen Ausdruck für die Rechte im subjectiven Sinne welche die iura singulorum in der Gemeinschaft bilden, für fest begründet und unentbehrlich.

singulare unterscheidet[4]). Es bildet daher keine Ausnahme von dem ius commune, sondern geht ergänzend neben demselben her. — Eine Unterart des Spezialrechts bildet dann das Ständerecht, sei es nun, daß es das besondere Recht eines Geburtsstandes bildet, wie noch jetzt das Recht des hohen Adels, oder sich auf die Rechtsverhältnisse der einzelnen Berufsstände bezieht. Das Nähere darüber unten §. 149—51.

Wie im Mittelalter, welches dem in besonderen Kreisen vorkommenden städtischen, geistlichen, feudalen Rechte das Landrecht als das für die gesammte freie Bevölkerung gemeinsam geltende gegenüberstellte[5]), kann diese Bezeichnung auch jetzt noch im Gegensatze zu dem Spezialrechte gebraucht werden[6]). Doch empfiehlt sich dafür nach dem Vorgange des Handelsgesetzbuchs der Ausdruck Allgemeines bürgerliches Recht[7]).

Es ist also, um diese Darstellung in ihren Resultaten noch einmal zusammenzufassen, das Recht nach dem Umfange seiner Geltung entweder gemeines oder particuläres; ersteres aber wieder ein ausschließlich geltendes oder subsidiarisches Recht, sei dieses nun bedingt oder unbedingt. Das Recht aber nach der Beschaffenheit seines Inhalts betrachtet ist entweder ein regelmäßiges, welches auch wohl als gemeines bezeichnet wird und sich in das allgemeine bürgerliche Recht und das Spezialrecht mit der Unterart des Ständerechts theilt, oder ein unregelmäßiges, anomalisches.

---

4) So gilt im Lehenrecht die communis feudi ratio, s. unten §. 154, Note 7. Wenn Kierulff a. a. O. S. 48 dem anomalischen Rechte seine eigene, dem gemeinen Recht gleichgültige (oder widerstrebende) ratio vindicirt und diese in seinem Zwecke erkennt, so ist dagegen einzuwenden, daß die Consequenz der Rechtsprincipien, welche in der ratio iuris ausgedrückt ist, durch Gründe der bloßen Zweckmäßigkeit beeinträchtigt wird, wenn diese selbst auch wieder die ihnen eingeräumte Geltung finden müssen. Für das Spezialrecht verhält es sich dagegen anders, wie denn auch dessen ratio wieder durch besondere Ausnahmenn beschräkt sein kann.

5) Vgl. Haltaus, glossarium s. v. Landrecht p. 1173.

6) Der Sprachgebrauch ist hier freilich sehr schwankend, wie denn das preußische Gesetzbuch nicht allein das gesammte Privatrecht, sondern auch das Strafrecht und einen Theil des Staatsrechts unter dem Landrecht befaßt.

7) H. G. B. Art. 1. „In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung." — In demselben Sinne nennt sich das österreichische Gesetzbuch das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, indem es die Spezialrechte ausgeschlossen hat.

§. 4.
Das gemeine deutsche Recht der Gegenwart.

Nach Auflösung des deutschen Reichs hat man die Frage erörtert, ob es überhaupt noch ein gemeines Recht in Deutschland gebe; sie ist dann in neuerer Zeit wieder aufgeworfen und von einigen Schriftstellern verneint worden[1]). Allein die Gründe, welche dafür angeführt werden, sind nicht stichhaltig.

1. Durch die seit der Mitte des 18. Jahrhunderts begründeten selbständigen Gesetzgebungen in einzelnen deutschen Staaten, in denen die subsidiarische Geltung des gemeinen Rechts ausgeschlossen worden, sei dieses selbst vernichtet; denn ein Recht der Gesammtheit als solches bestehe nicht mehr, wenn auch nur ein Theil sich ganz davon losgesagt habe[2]). Allein diese Argumentation beruht auf einer Verwechslung des gemeinen mit dem s. g. allgemeinen Recht. Die ausschließliche Geltung der angeführten Gesetzgebungen hat für das gemeine Recht blos den Erfolg gehabt, daß dessen subsidiarische Anwendbarkeit räumlich beschränkt worden; an seinem Begriff und Wesen hat es keine Veränderung erlitten. Denn das Ganze hängt seiner Natur nach nicht von dem Theile ab.

2. Das gemeine Recht sei nur möglich in einer Staatsverbindung, welche eben als dessen nothwendige Voraussetzung angesehen werden müsse; dieselbe habe aber für Deutschland mit der Auflösung des deutschen Reichs aufgehört, und gleichzeitig sei daher auch das gemeine Recht zu Grabe gegangen: es bestehe nur noch als Theil des particularen Rechts in den einzelnen deutschen Staaten fort[3]). Die Rechtsgemeinschaft, die sich etwa noch finde, sei blos eine factische, könne aber kein juristisch oder formell gemeines Recht enthalten, da dessen Gültigkeit auf einem fortdauernd gemeinsamen juristischen Grunde beruhen müsse, der sich regelmäßig nur im Staate, ausnahmsweise etwa in Folge besonderer völkerrechtlicher Vereinbarungen finde. — Gegen diese Ansicht ist nun schon mit Fug eingewandt worden, daß sie ganz

---

[1]) Der Verfasser des Aufsatzes in der deutschen Vierteljahrsschrift, 1843. Heft 1, S. 50—82. (R. v. Mohl) darf aber eigentlich nicht hierher gerechnet werden, da er ein gemeines deutsches Staatsrecht, von welchem er allein handelt, nicht so sehr leugnet, als nur seinem Inhalte nach weit enger faßt, wie es gewöhnlich geschieht.

[2]) v. Wächter, gemeines Recht Deutschlands S. 11—13. 165.

[3]) Falck, juristische Encyclopädie §. 12. — Ortloff, Grundzüge eines Systems des teutschen Privatrechts §. 4. Note 5. — v. Wächter, a. a. O. S. 11. 169—71. 177. 206. 216. 218. — Wächter thut übrigens des Guten doch zu viel, wenn er das gemeine Recht zweimal aufhören läßt: erst durch die Codification einzelner Staaten und dann wieder durch die Aufhebung des deutschen Reichs; vgl. namentlich a. a. O. S. 165 und 171.

ohne Einfluß auf den wirklichen Rechtszustand geblieben sei und von der irrigen Annahme ausgehe, als müsse mit der Auflösung einer Staatsgewalt auch alles durch sie oder unter ihrem Einfluß Gebildete mit aufhören[4]). Allein ganz trifft dieser Grund doch nicht zu; denn will man auch die Behauptung, das früher gemeine Recht bestehe nur noch als particulares fort, durch die Berufung auf den thatsächlichen Rechtszustand für widerlegt halten, so ist doch die weitere Fortbildung des gemeinen Rechts als solchen auch nach Aufhebung des deutschen Reichs, worauf es besonders ankommt, dadurch noch nicht gerechtfertigt und erklärt.

Im Allgemeinen kommt aber in Betracht, daß, wenn auch der deutsche Bund kein eigentliches Staatswesen darstellte, doch von Bundeswegen die Fortdauer des gemeinen Rechtes ausdrücklich anerkannt worden ist, da die Austrägal-Instanzen bei ihren Entscheidungen auf dasselbe, wie es in Deutschland hergebracht, verwiesen wurden[5]). Der Hauptgrund für die Fortdauer desselben auch nach Auflösung des deutschen Reiches besteht darin, daß es ein ungeschriebenes Recht ist, — selbst, richtig verstanden, der römische Theil desselben, wenigstens insofern er durch die moderne Rechtsbildung umgeändert worden. Nimmt man nun an, was gegenwärtig von wenigen mehr geleugnet wird, daß das Gewohnheitsrecht zu seiner Erzeugung keiner Staatsgenehmigung bedarf, daß es sich vielmehr neben dem Gesetze selbständig entwickelt, so ist auch nach Aufhebung des deutschen Reichs für das gemeine Recht die Möglichkeit der Fortdauer und der weiteren Ausbildung dargethan. Volkseinheit, nicht Staatseinheit ist dazu erforderlich[6]).

Auch die Auflösung des deutschen Bundes im J. 1866 hat die Existenz des gemeinen Rechts nicht beseitigt; umgekehrt hat gerade die

---

[4]) v. Savigny, System I. S. 4.

[5]) B. B. vom 16. Juni 1817, die Austrägal-Ordnung enthaltend, Art. III. Nr. 7. „Das Erkenntniß in der Hauptsache selbst aber erfolgt, in Ermangelung besonderer Entscheidungsquellen, nach den in Deutschland hergebrachten gemeinen Rechten." — W. S. A. Art. 23. „Wo keine besondere Entscheidungs-Normen vorhanden sind, hat das Austrägal-Gericht nach den in Rechtsstreitigkeiten derselben Art vormals von den Reichsgerichten subsidiarisch befolgten Rechtsquellen, insofern solche auf die jetzigen Verhältnisse der Bundesglieder noch anwendbar sind, zu erkennen." — Vgl. Klüber, öffentl. Recht des teutschen Bundes (4. Aufl.) § 175. Note a. — Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht I. S. 11. Note 9.

[6]) Dieselbe Ansicht ist von Bruns in der Encyclopädie von Ersch und Gruber a. a. O. S. 210—12. 218—19. ausgeführt worden. Dagegen meint Goldschmidt, Handelsrecht (2. Aufl.) I. S. 293. Note 7. der Satz: „Volkseinheit, nicht Staatseinheit ist für das gemeine Recht (nämlich Gewohnheitsrecht) erforderlich," führe auf das Volk ohne Staat, d. h. auf den Naturzustand. Allein dieser schließt ja auch Volk und bürgerliche Gesellschaft so gut wie den Staat aus.

Neugestaltung Deutschlands auch die formelle Rechtsgemeinschaft wieder hergestellt, indem jetzt im deutschen Reiche ein wahres Staatswesen begründet worden ist. Dies hat sich dann durch die Reichsgesetzgebung, welche die Gesetze des norddeutschen Bundes in sich aufgenommen hat, für das Rechtsgebiet im erhöhten Maaße wirksam gezeigt und die Geltung des gemeinen Rechtes gestärkt und erweitert.

II. Das Privatrecht.

§. 5.

Rechtsverhältniß und Rechtsinstitut.

Ueberschaut man den gesammten Rechtsstoff, wie er sich in seiner positiven Gestaltung und in seinen Beziehungen zum äußern Leben darstellt, so zeigt sich bei dem ersten oberflächlichen Blick nur eine Menge einzelner Rechtsnormen und ihr entsprechend eine Mannichfaltigkeit menschlicher Verhältnisse, welche durch jene bestimmt und beherrscht werden und sich nach der verschiedenen Stellung der dabei Betheiligten in Rechte oder Befugnisse (s. g. Recht im subjectiven Sinne) und in Verbindlichkeiten auflösen lassen. Wird dann ein solches Verhältniß zwischen bestimmten Personen Gegenstand des Streites und zur rechtlichen Entscheidung gebracht, so nennt man es einen Rechtsfall (casus), und die blos mechanische Jurisprudenz stellt es sich zur Aufgabe, für einen solchen aus dem Vorrath der vorhandenen Rechtsregeln die entsprechende Norm aufzusuchen und ihn darnach zu entscheiden. Aber eine tiefere, wissenschaftliche Betrachtung muß dahin führen, daß man sich nicht damit begnügt, die Kenntniß einer Masse von Einzelnheiten zu erwerben oder diese doch nur nach einer äußerlichen, willkührlich erfundenen Ordnung unter einander in Verbindung zu bringen. Die Rechtsregeln, das läßt sich nicht wohl übersehen, sind ihrer Natur und ihrem Umfange nach nicht von derselben Bedeutung; die enger gefaßten Normen stellen sich nur als die Folgerungen aus der weiteren Regel und als deren genauere Determination dar, und indem nun das Gleichartige zusammengefaßt und dem höheren Princip untergeordnet wird, tritt zuletzt ein innerlich zusammenhängendes System heraus, in welchem sich die leitenden Principien mit den von ihnen abhängigen Regeln an gehöriger Stelle eingereiht finden und wieder als Ganzes für sich ein Rechtsinstitut bilden.

Aber nicht blos für das Recht im objectiven Sinne läßt sich in einem nicht künstlich verdorbenen Rechtssysteme ein solcher innerlich begründeter Organismus der einzelnen Lehren nachweisen; auch die Lebensverhältnisse selbst, für welche jene zum Rechtsinstitut verbundenen Regeln bestimmt sind, dürfen nicht blos als vereinzelte Erscheinungen in ihrer

concreten Verwirklichung aufgefaßt werden[1]). Auch hier finden wir, daß das Engere, Beschränktere aus dem Allgemeineren entspringt; daß durch eine Reihe gleichartiger Momente derselbe Trieb menschlicher Bedürfnisse hindurch geht, der sich zu verwirklichen strebt und in bestimmten Beziehungen, Einrichtungen und Geschäften seine Befriedigung findet. Den Inbegriff solcher einzelnen Erscheinungen in der menschlichen Gesellschaft, welche von einer allgemeineren, leitenden Idee beherrscht werden und ihr dienen, nennen wir eben ein Lebensverhältniß, und wenn sie auf dem Rechtsgebiet sich bewegen und Gegenstand rechtlicher Normirung geworden sind, — ein Rechtsverhältniß, obgleich dieser Ausdruck auch wieder für die concrete Beziehung bestimmter Personen zu einander gebraucht wird[2]). — Da nun das Bestimmende und das Bestimmte in einer nothwendigen Wechselwirkung zu einander stehen, so wird es nur natürlich erscheinen, daß dem Rechtsverhältniß in jener zuerst hervorgehobenen Bedeutung gegenüber sich auch ein entsprechender Kreis von organisch gegliederten Rechtsregeln findet, der jenes als seine materielle Substanz umfaßt und es seinem ganzen Umfange nach beherrscht. Dem Rechtsverhältniß wird also das Rechtsinstitut entsprechen, wie das Thatsächliche (factum) und das Recht (ius) überhaupt neben und in einander bestehen und sich wechselseitig bedingen[3]).

---

[1]) Es kommt eben darauf an, daß aus dem Mannichfaltigen das Einfache, Principienmäßige hervorgehoben, das Unwesentliche ausgeschieden werde, um die schwankende und bewegliche Masse der Rechtsfälle zum organisch verbundenen Rechtsverhältniß zusammen zu fassen. Beide Begriffe hat namentlich Puchta verwechselt (Cursus der Institutionen I. S. 51 ff.) und dadurch seine ganze Rechtsanschauung getrübt. Vgl. im Allgemeinen E. R. Bierling, zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. Th. 2. Gotha 1883.

[2]) Unger, System des österr. Privatr. I. S. 2. Note 4, unterscheidet daher das Rechtsverhältniß in concreto und in abstracto. — Es ist schlimm, daß unsere Rechtssprache in diesem Falle die Schärfe der Begriffsbestimmung noch nicht durch eine Terminologie unterstützt; der Begriff des Thatsächlichen im Gegensatz zum Rechtsinstitut wird durch: Rechtsverhältniß nur matt und unvollständig bezeichnet. Es muß geradezu ein besserer Ausdruck erfunden werden. Sollte man vielleicht Rechtsinstitut und Institut in dem angegebenen Sinne unterscheiden dürfen?

[3]) Vgl. Stahl, Rechts- und Staatslehre I. S. 231—234 und v. Savigny, System I. S. 6—10, denen ich bei der obigen Darstellung im Wesentlichen gefolgt bin. Nur scheint mir v. Savigny zu einseitig die Rechtsverhältnisse in die wechselseitigen Beziehungen bestimmter Personen sich auflösen zu lassen, ohne der Rechtsordnung, die sich anstaltlich über sie erheben kann, die gehörige Berücksichtigung zu gewähren. Von Stahl weiche ich dagegen darin ab, daß er das Rechtsinstitut nicht rein als Recht nimmt, sondern es nur als das vom Recht erfaßte Lebensverhältniß (welches er, insofern es bestimmt ist einer rechtlichen Normirung unterworfen zu werden, Rechtsverhältniß nennt) dem rein Factischen gegenüber stellt. Aber das Recht schwebt doch selbständig über dem Rechtsverhältniß

§. 6.

Staatsrecht und öffentliches Recht.

Durch die so eben gegebene, auch sonst noch einflußreiche Begriffsbestimmung wird die Möglichkeit gewonnen, die einzelnen Rechtstheile und namentlich das Privatrecht und Staatsrecht seinem Inhalte nach wissenschaftlich zu begrenzen. Es handelt sich dabei nämlich nicht um den Inbegriff gewisser Rechtsregeln oder Rechte, sondern es kommt darauf an, daß man das bestimmende Moment in den Rechtsverhältnissen und den ihnen entsprechenden Rechtsinstituten sucht. Insofern diese zunächst um der einzelnen Menschen wegen da sind und deren Bedürfnisse befriedigen, gehören sie dem Privatrecht an; insofern sie aber unmittelbar der im Staat verbundenen Gesammtheit dienen, bilden sie das Staatsrecht. Dabei wird sich dann auch bei diesem vermöge seiner Beziehung auf das Höhere und Allgemeine mehr die objective Macht und Ruhe der im Staat dargestellten sittlichen Ordnung geltend machen, während das Privatrecht mehr dem beweglichen Interesse der Einzelnen unterworfen ist. Doch liegt darin kein Gegensatz, sondern nur ein Unterschied dem Grade nach; denn so wie einerseits auch im Staate dem politischen Volke in seinen verfassungsmäßigen Organen die freie Selbstbestimmung bleibt, so verwirklicht sich auf der andern Seite im Privatrecht, wenigstens in seinen höheren, von Sitte und Nationalsinn getragenen Instituten, eine geistige Macht, welche über die Willenssphäre und das Bedürfniß des Einzelnen hinausragt und selbst, wie bei den Genossenschaften, in der Dauer den staatlichen Anstalten sich nähert. Dadurch bekommt es theilweise einen der Privatwillkühr entzogenen Charakter, der ihm nicht blos aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit von der Staatsgewalt aufgedrückt wird. Dies führt auf den Begriff des öffentlichen Rechts.

Man verbindet mit diesem Ausdrucke verschiedene Bedeutungen. Einmal gebraucht man ihn wohl als gleichbedeutend mit Staatsrecht, indem man davon wieder das Staatsrecht im engern Sinn ausscheidet und unter diesem diejenigen Rechtsinstitute befaßt, welche sich unmittelbar auf die Staatsverfassung beziehen. Dieses und die mit der Staatsverfassung mehr mittelbar verbundenen Rechtstheile, wie das Strafrecht, das

(oder Rechtsinstitut in Stahl's Bedeutung), wenn es dasselbe auch, ideal aufgefaßt, umspannen und durchdringen muß. An einem andern Orte (S. 195) hat Stahl sich auch der von Savigny gewählten und von mir befolgten Terminologie angeschlossen, indem er sagt, die Gewohnheit entstehe zugleich mit den Lebensverhältnissen und gebe ihnen die Norm, mache sie zu Rechtsverhältnissen. Vgl. Unger, a. a. O. S. 2—4 und, zum Theil abweichend, Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 41—43.

Proceßrecht, beziehungsweise auch das Kirchenrecht[1]), werden dann als das öffentliche Recht bezeichnet. Dabei hält man aber noch an einer Vertheilung des Rechtsstoffs nach bestimmten Rechtsinstituten fest; in einem andern Sinn nimmt man das öffentliche Recht blos mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der einzelnen Rechtsnormen, ob dieselben nämlich allein zu dem Zwecke dienen, um für die Beurtheilung der Privatrechtsverhältnisse einen Anhalt zu gewähren, ohne daß die Betheiligten bei der Abschließung ihrer Geschäfte daran gebunden sind, oder ob sie aus irgend einem die Privatwillkühr bindenden Grunde, des Staatswohls oder der guten Sitten wegen eine nothwendige Geltung haben und keine Abänderung gestatten[2]). Rechtsregeln dieser Art, welche passend als absolutes Recht im Gegensatz zu dem blos vermittelnden bezeichnet werden, finden sich nicht nur im Staatsrecht, sondern auch im Privatrecht sehr häufig und können beinahe bei jedem Rechtsverhältniß wirksam werden, da man z. B. bei einem Vertrage wohl über den Grad der zu leistenden Sorgfalt, nicht aber über die Freistellung einer arglistigen Handlungsweise sich vereinbaren darf. Ein großer Theil des Familien- und Erbrechts, des Rechts der Grundstücke, des Rechtsformalismus u. s. w. ist von dieser Beschaffenheit. Dieselbe hängt nicht allein von ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift, sondern auch von dem Wesen der Rechtsverhältnisse und dem Rechtsgefühl des Volkes ab, indem eine Handlungsweise, welche von diesem für schimpflich und durchaus unehrenhaft (inhonestum, contra bonos mores) angesehen wird, auf rechtliche Gültigkeit keinen Anspruch machen darf, wenn sie nicht durch das positive Recht eine formelle Sanction erhalten hat[3]). Dies nationale Rechtsgefühl, welches sich entweder als Grund der Gesetzgebung oder ohne diese mit einer mehr negativen Wirkung geltend macht[4]), ist doch, wenn es sich

---

[1]) Insofern man nämlich die Kirche dem Staate nicht selbständig, wenn auch von demselben beschränkt und bedingt, gegenübergestellt, was allerdings dem Princip der katholischen Kirche gemäß ist, während die deutsch-protestantische ein eigenes, dem Einfluß der Staatsgewalt entzogenes Rechtsgebiet bisher nur in einem beschränkten Umfange sich erworben hat.

[2]) L. 38. D. de pactis (II. 14). Jus publicum privatorum pactis mutari non potest. — Code civ. art. 6. On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois, qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs. — Vgl. überhaupt v. Savigny, System I. §. 16.

[3]) L. 15. D. de condit. institutt. (XXVIII. 7) — — nam quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et (ut generaliter dixerim) contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est. — Vgl. Burchardi, Grundzüge des Rechtssystems der Römer §. 43.

[4]) Unter diesem Gesichtspunkt muß z. B. die Frage beurtheilt werden, ob die Bedingung des Religionswechsels bei Erbeseinsetzungen u. s. w. eine unstatthafte

auch bei edleren Völkern mit einer gewissen Gleichmäßigkeit wiederholen wird, in einzelnen Beziehungen nicht immer dasselbe, wie z. B. eine Vergleichung der römischen und deutschen Ansichten über die Testirfreiheit und deren Modification durch Erbverträge und Testamentsexecutoren ergiebt[5]).

Diese Begriffe des absoluten und vermittelnden Rechts sind unabhängig von dem oben (§. 2) erörterten Grundsatze, daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen unbedingt vorgehen, also im Sinne der räumlichen Geltung absolutes Recht sind. Auch die Ersteren enthalten Bestimmungen des vermittelnden Rechts, welche der Abänderung durch Privatwillkühr unterliegen[6]).

§. 7.

Das Privatrecht.

Es ist also die Natur und die Bestimmung der Rechtsverhältnisse und Rechtsinstitute, nach welchen der Begriff des Privatrechts (Civilrechts, bürgerlichen Rechts) festzustellen und demselben sein Inhalt anzuweisen ist[1]). Aber wenn nach diesen Momenten das Gebiet auch im Allgemeinen bezeichnet und begrenzt ist, so fehlt es doch bei der Durchführung im Einzelnen nicht an manchen Schwierigkeiten. Ich zähle freilich dahin nicht das Bedenken, auf welches von Manchen ein besonderes Gewicht gelegt wird[2]), daß auch der Staat selbst bei Privatrechtsverhältnissen sich wie eine Privatperson betheiligen kann; denn da es eben nur auf die allgemeine Natur der Rechtsinstitute ankommt, so ist es natürlich für deren Beurtheilung gleichgültig, ob auch der Staat und ebenso die Gemeinde wegen ihrer Rechtsfähigkeit in Beziehung auf das Vermögen unter die betreffenden Rechtsregeln können zu stehen kommen. Die Pach-

---

(moralisch unmögliche) ist. Dem religiösen Rechtsgefühl der Deutschen widerstrebt es, weltlichen Gewinn in Verbindung mit Glaubenssachen und namentlich mit der Aenderung des Bekenntnisses bringen zu lassen.

5) Auf einer solchen Anschauung beruhte die wunderliche Eintheilung der boni mores bei älteren Rechtslehrern in naturales et civiles, juris civilis et canonici. S. Schilter, praxis jur. rom. Exerc. VIII. §. 39. — S. Stryck, tract. de success. ab intest. Diss. VIII. cap. II. §. 12.

6) Vgl. R. O. H. G. III. Nr. 16. VII. S. 400.

1) C. Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. Kiel 1866.

2) S. z. B. Wächter, Handbuch des im Königreich Würtemberg geltenden Privatrechts Bd. I. Abth. 1. §. 1, welcher aus diesem Grunde und weil er, wie billig, das Privatrecht nicht auf die Privatrechte (im subjectiven Sinn) bauen will, an einer Definition ganz verzweifelt, und es nur negativ dem Staatsrecht gegenüber stellt. Aber dieselbe Schwierigkeit würde sich wohl ergeben, wenn nun das Letztere definirt werden sollte, so daß man in diesem Falle überhaupt auf jede Begriffsbestimmung verzichten müßte.

tung z. B. wird ihren privatrechtlichen Charakter behalten, auch wenn von Staatswegen Domänen zum Gegenstand des Geschäftes gemacht sind. — Allein bei manchen Rechtsinstituten kann man mit Fug zweifeln, auf welches Gebiet man sie verlegen soll, sei es nun, daß sie sich auf der Grenze zwischen dem Staatsrecht und Privatrecht zu befinden scheinen, oder daß sie wirklich eine gemischte Natur an sich tragen. Bei einem consequent durchgeführten, durch die politische Verfassung getragenen Rechtssystem, wie dem französischen, wird sich eine solche Verwicklung der Rechtsinstitute nicht leicht finden, obgleich sie schwerlich in einem positiven Rechte je ganz wird vermieden werden können; aber im deutschen Recht sind Grenzstreitigkeiten dieser Art nur zu häufig. So hat das Ständewesen in seinen verschiedenen Beziehungen eine staatsrechtliche und privatrechtliche Seite; wohin das Lehenrecht zu stellen, kann sehr zweifelhaft erscheinen; die Corporationen gravitiren bald nach der einen bald nach der andern Seite; bei der Lehre von den Regalien, wenigstens wie sie gewöhnlich aufgefaßt wird, ist diese doppelte Natur unverkennbar; das Vormundschaftswesen ist nach der Einrichtung, welche es gegenwärtig hat, nicht ohne staatsrechtliche Färbung; auch bei dem Recht des Grundbesitzes macht sich ein wichtiges politisches Interesse geltend und zeigt sich der Einfluß öffentlicher Behörden u. s. w. In allen diesen Fällen eine sichere, principienmäßige Scheidung durchzuführen, ist bei der Beschaffenheit des Gegenstandes nicht wohl möglich, und zuweilen wird für die wissenschaftliche Behandlung selbst ein gewisser Einfluß des literarischen Herkommens anzuerkennen sein, indem man z. B. das Recht der Ehe, obgleich entschieden privatrechtlicher Natur, zum Theil dem Kirchenrecht zuweist, dessen Inhalt nicht allein durch die Beschaffenheit der Rechtsverhältnisse, sondern auch durch die Art der Rechtsquellen bestimmt worden ist. Auf der andern Seite erscheint es vollkommen gerechtfertigt, wenn einzelne Theile des Civilprocesses und des Strafrechts — jenes insofern es einen unmittelbaren Einfluß auf das materielle Recht ausübt, und dieses hinsichtlich der civilrechtlichen Folgen der Verbrechen — in die Darstellung des Privatrechts hineingezogen werden. Im Allgemeinen aber hat man zu prüfen, auf welcher Seite bei den zweifelhaften Rechtsinstituten der eigentliche Schwerpunkt für das Rechtsleben der Gegenwart zu suchen ist, und darnach die Classification vorzunehmen. So läßt sich auch jetzt noch die privatrechtliche Natur der Vormundschaft nicht verkennen, wie auch der Grundbesitz, als Theil des Vermögens betrachtet, unzweifelhaft von derselben rechtlichen Beschaffenheit ist. Das Lehenrecht ferner hat den politischen Charakter, der im Mittelalter dabei vorherrschte, beinahe ganz verloren und stellt sich im Wesentlichen nur als eine besondere Modification des Rechts am Grundbesitz dar; das Ständewesen

hat sich überhaupt, insofern es noch besondere Rechtsinstitute begründet, fast ganz zum Privatrecht umgesetzt, und selbst das s. g. Privatfürstenrecht ist, abgesehen von den das besondere Recht der souveränen Häuser bestimmenden Grundsätzen, mit Fug dahin gezählt worden. Die Lehre von den Regalien, welche aus wesentlichen Hoheitsrechten und nutzbaren Zuständigkeiten unorganisch ist zusammengetragen worden, bedarf aber überhaupt einer kritischen Revision, welche zu einer Zerlegung des Stoffs in mehrere, wesentlich verschiedene Bestandtheile führen wird. Bei den Corporationen ferner wird man diejenigen, welche, wie die Gemeinde, einen rein politischen Charakter an sich tragen, von den zunächst nur Privatzwecken dienenden Genossenschaften zu unterscheiden haben und erstere nur insofern sie als Träger rein privatrechtlicher Verhältnisse sich herausstellen, z. B. bei den Nutzungen der Gemeindegüter durch die einzelnen Bürger, in dem Privatrecht behandeln u. s. w.

So wird die unbefangene wissenschaftliche Prüfung, welche sich ihres Princips bewußt ist, dieses auch bei der Durchführung des Einzelnen zu handhaben und die meisten Schwierigkeiten, welche entgegen zu stehen scheinen, zu entfernen wissen.

III. Das gemeine deutsche Privatrecht.

§. 8.

Geschichtliche Einleitung. a. Die Reception des römischen Rechts[1]).

Schon in der ersten Periode der deutschen Rechtsgeschichte, zur Zeit der Volksrechte und Capitularien hat das römische Recht auf das ger-

[1]) Vgl. Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte III. §. 440—44. — Beseler, Volksrecht und Juristenrecht S. 28—57. — Reyscher, Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 337—410. — v. Wächter, gemeines Recht Deutschlands S. 24 ff. 180 ff. — Schäffner, das römische Recht in Deutschland während des 12. und 13. Jahrhunderts. Erlangen 1859. — Franklin, Beiträge zur Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland. Hannover 1863. — R. Stintzing, Geschichte der populären Literatur des römisch-canonischen Rechts in Deutschland am Ende des fünfzehnten und im Anfange des sechszehnten Jahrhunderts. Leipzig 1867. — Derselbe, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft 1. Band. München und Leipzig 1880. — C. A. Schmidt, die Reception des römischen Rechts in Deutschland. Rostock 1868. — A. Stölzel, die Entwickelung des gelehrten Richterthums in deutschen Territorien. 2 Bde. Stuttgart 1872. — W. Modderman, die Reception des römischen Rechts (aus dem Holländischen übersetzt von K. Schulz). Jena 1875. — Otto Gierke, das deutsche Genossenschaftsrecht III. S. 645 ff. und besonders Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen I. S. 607—55. II. S. 9—142, welcher für die Geschichte der Reception das vollständigste Material geliefert hat.

manische eingewirkt[2]); jedoch kommen unter den deutschen Stämmen nur sehr vereinzelte Spuren davon vor, welche sich nach der Auflösung des fränkischen Reichs bald wieder verlieren. Seit dem 12. Jahrhundert wiederholt sich dann dieselbe Erscheinung: man eignete sich einzelne Institute und Rechtssätze aus dem römischen Rechte an, ohne im Uebrigen den Boden des einheimischen Rechts zu verlassen, welches bis zum Ausgange des Mittelalters in voller Geltung blieb[3]). Erst seit der Mitte des 15. Jahrhunderts drang das fremde Recht massenweise in Deutschland ein, und seit der Mitte des 16. Jahrhunderts kann die Reception desselben als einer geltenden Rechtsquelle für vollendet angesehen werden. Unter den drei recipirten Sammlungen, dem corpus juris civilis, dem corpus juris canonici und dem liber feudorum, ist der Einfluß der ersteren auf unser Rechtssystem von entscheidender Bedeutung geworden; an sie knüpft sich daher vorzugsweise das historische und praktische Interesse der Reception.

Stellt man nun die Frage, wie es hat geschehen können, daß das römische Recht in Deutschland zur Geltung gebracht ist, und zwar in einer unmittelbaren, das einheimische Recht unterdrückenden Anwendung, während doch die übrigen germanischen Völker demselben nur einen sehr beschränkten Einfluß auf ihr Rechtswesen eingeräumt haben: so müssen die allgemeinen geschichtlichen Momente, welche diese Thatsachen hervorgerufen haben und erklären, von dem eigentlichen Rechtsgrunde, durch welchen das fremde Recht zum geltenden geworden ist, wohl unterschieden werden.

Das römische Kaiserthum deutscher Nation, die nahen Beziehungen zu Oberitalien, wo seit dem 11. Jahrhundert das Studium des römischen Rechts zur neuen Blüthe gelangt war, erleichterten dessen Eingang in Deutschland; die Bewunderung, welche der Humanismus den erhaltenen Ueberresten des classischen Alterthums zollte, kam auch der Sammlung Justinians zu Gute. Von jeher das Personalrecht der Kirche, seit

---

[2]) v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Bd. 1. u. 2.

[3]) Die Ansicht, welche die Reception schon in die Mitte des 14. Jahrhunderts setzte, stützte sich namentlich auf zwei Thatsachen: auf den frankfurter Erlaß Kaiser Ludwigs v. J. 1342 und die romanisirende Methode der Glosse zum Sachsenspiegel. Allein daß jener Erlaß dies nicht beweist und wahrscheinlich gar nicht vom römischen Recht handelt, hat Franklin a. a. O. S. 109 ff. dargethan (vgl. auch Walter, deutsche Rechtsgeschichte I. §. 379. Note 5) und in Betreff der Glosse Johann von Buch's hat Homeyer, der Prolog zur Glosse des sächsischen Landrechts S. 14 ff. nachgewiesen, daß nicht die Anwendung des römisch-canonischen Rechts, sondern die Vertretung des Rechtsbuchs den Geistlichen gegenüber der Grund war, weswegen der Glossator die Uebereinstimmung desselben mit den fremden Rechten auszuführen suchte. Die von mir, Volksrecht und Juristenrecht S. 32 ff., aufgestellte Ansicht ist dadurch gegen den Widerspruch von Eichhorn, St. und R. G. III. §. 444. Note e, gerechtfertigt worden.

dem 11. Jahrhundert auch das der Geistlichkeit, durch die päpstliche Gesetzgebung fortgebildet war das römische Recht in den geistlichen Gerichten maaßgebend geworden und hatte seinen Einfluß auch auf diejenigen Angelegenheiten der Laien, welche zu den geistlichen Sachen gezählt wurden, ausgedehnt. Für die Beziehungen zwischen Staat und Kirche, für die großen Geschäfte des völkerrechtlichen Verkehrs war die Kenntniß des fremden Rechts und einer dadurch bedingten juristischen Bildung von der größten Wichtigkeit; die besten Köpfe wandten sich seinem Studium zu, anfangs auf italienischen, seit der Mitte des 15. Jahrhunderts auch auf deutschen Universitäten. Die gelehrten Juristen gewannen in den Reichs- und Landesangelegenheiten, als Kanzler, Geheimschreiber, Gerichtsbeisitzer, Syndici, Consulenten, als Lehrer auf den Universitäten, die einflußreichsten Stellungen und benutzten diese in der Gesetzgebung, in der Rechtspflege und Verwaltung zur Verbreitung nnd Anwendung des von ihnen über Alles verehrten Rechtes. Dazu kam dann noch als letztes entscheidendes Moment die Errichtung des Reichskammergerichts, unter dessen Beisitzern die Doctoren bald den maaßgebenden Einfluß gewannen und in der Verwaltung der Reichsjustiz fast ausschließlich dem römischen Rechte huldigten. Dasselbe wiederholte sich in den nach dem Vorbilde des Reichskammergerichts begründeten landesherrlichen Hof- und Landgerichten und in den Juristenfacultäten, welche in ihrer Thätigkeit als Spruchcollegien zum Theil die alten Oberhöfe ersetzten. Erwägt man außerdem noch, daß sich am Ende des Mittelalters das Bedürfniß einer Reform des deutschen Rechtswesens unverkennbar herausstellte, daß namentlich in dem fremden Rechte die Einheit gegenüber dem Particularismus vertreten war: so wird die Thatsache der Aneignung des fremden Rechts, welche trotz des Widerstandes populärer Kreise durch den Einfluß des Juristenstandes vollzogen ward, nicht mehr als unerklärlich erscheinen.

Allein diese Thatsache enthält noch nicht den Rechtsgrund der Reception. Damit eine fremde Rechtsquelle zur geltenden werde, bedarf es derselben Voraussetzungen, welche die Begründung des Rechts überhaupt bedingen, und diese sind die Gesetzgebung oder die Gewohnheit. Nun ist, wie die neuere Forschung erwiesen hat, das römische Recht in Deutschland nicht durch die Gesetzgebung eingeführt worden, weder durch die des Reichs noch durch die der Territorialgewalten, welche es auch nicht zum gemeinen Rechte für das Reich hätten erheben können. Der Rechtsgrund der Reception beruht also auf dem Gewohnheitsrecht, und nach diesem Princip ist auch die Frage, in welchem Umfange und mit welcher Wirkung das römische Recht bei uns gilt, zu beantworten[4]).

[4]) Daß das römische Recht in Deutschland durch das Gewohnheitsrecht eingeführt ist, wird jetzt wohl allgemein anerkannt; allein meistens scheut man sich,

Während nun Alle darin einverstanden sind, daß es als gemeines Recht und zwar als subsidiarisches recipirt worden ist, gehen doch in einer andern Beziehung die Meinungen weit auseinander. Während nämlich Einige behaupten, das römische Recht sei bei uns im Ganzen (in complexu) zur Geltung gelangt und habe demnach, was die praktische Seite der Frage ausmacht, die Vermuthung der Anwendbarkeit für sich, sind Andere der Ansicht, das römische Recht gelte nur soweit als es durch die Gewohnheit aufgenommen worden und habe an sich keinen Vorzug vor anderen gemeinrechtlichen Quellen [5]). Diese letztere Auffassung stellt sich aus folgenden Gründen als die richtige dar [6]).

I. Das römische Recht ist nicht allein als gemeines Recht recipirt worden; auch das canonische Recht und das longobardische Lehenrecht sind in derselben Eigenschaft zur Geltung gelangt und, soweit dies geschehen, haben sie denselben Rang behauptet und sogar für diejenigen Institute, welche sie normiren, die Anwendung des römischen Rechts ganz ausgeschlossen oder doch wesentlich beschränkt. Für das Letztere ist daher in dem Verhältniß dieser Rechtsquellen unter einander eine Vermuthung in keiner Weise begründet.

II. Neben dem fremden gemeinen Rechte gilt auch ein einheimisches, welches durch dasselbe nicht hat verdrängt werden können und sollen. Nach der Reichskammergerichtsordnung von 1495 §. 3. sollen der Richter und die Beisitzer schwören: „nach des Reychs und gemeinen Rechten, auch nach redlichen erbaren und leydlichen Ordnungen, Statuten und Gewohnheyten der Fürstenthumb, Herrschaften und Gericht, die für sie bracht werden" zu richten. Den Reichsgesetzen ist also ihre Autorität gewahrt worden; aber auch das ungeschriebene Reichsrecht, welches unter dem Kaiserrecht mit begriffen und zum Theil in den Rechtsbüchern dargestellt war, ist in jener Formel bezeichnet [7]). Freilich war jene Zeit wenig geneigt, dem Gewohnheitsrecht die ihm gebührende Anerkennung zu zollen,

---

die aus dieser Auffassung sich ergebenden nothwendigen Folgerungen zu ziehen. Vgl. Leist, civilist. Studien I. S. 12 ff. — Dernburg, Pandecten I. §. 4.

[5]) Neben der hier erörterten Controverse geht noch eine andere her, — ob nämlich das corpus juris civilis seinem wörtlichen Inhalte nach, als lex scripta (raison écrite) recipirt worden. Vgl. Leibnitz, deutsche Schriften, herausgegeben von Guhrauer I. S. 258 ff. — Glück, Pandecten-Commentar I. S. 206. — Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts I. S. XV ff. — Kritz, Sammlung von Rechtsfällen IV. S. 1—140. Der von mir gewählte germanistische Standpunkt bietet keine Veranlassung, auf diese Streitfrage hier näher einzugehen.

[6]) Vgl. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 40. Note e.

[7]) Vgl. Eichhorn, deutsche St. u. R. G. III. S. 340. Wenn Stobbe, Rechtsquellen II. S. 86. Note 11, dagegen einwendet, daß man damals die Rechtsbücher fast gar nicht mehr berücksichtigt habe, so zeigt ein Blick auf Sachsen, wie wenig diese Bemerkung begründet ist.

und die Juristen namentlich waren stets bereit, jede Abweichung von der Strenge des römischen Rechts als unvernünftig zu verwerfen. Aber bei der Reichsgesetzgebung hatten doch nicht die Juristen allein die Entscheidung, und jedenfalls hat jene Eidesformel das Reichskammergericht zur unbefangenen Würdigung des ungeschriebenen Rechts auch für spätere Zeiten ermächtigt. Daß aber gerade in der Reichskammergerichtsordnung, dem ersten reformatorischen Gesetze in jener Zeit der legislativen Thätigkeit, zu welcher sich damals das Reich aufraffte, allgemein des Reichs und gemeine Rechte als maaßgebende Rechtsquellen anerkannt sind, ist eine Thatsache von besonderer Wichtigkeit und wohl zu beachten, wenn in andern Fällen auf das kaiserliche Recht oder das gemeine beschriebene Recht als subsidiarische Rechtsquelle Bezug genommen wird[8]).

III. Einen anderen Grund dafür, daß das römische Recht in complexu recipirt worden, hat man aus der Anerkennung dieser Thatsache in den Gesetzgebungen der einzelnen Länder und Städte finden wollen, indem diese schlechthin auf das gemeine Recht zu ihrer Ergänzung verweisen[9]). Allein die Anerkennung des Grundsatzes, daß das gemeine Recht und namentlich das römische die subsidiarische Rechtsquelle sei, entscheidet nicht über den Begriff des gemeinen Rechts und das Verhältniß des römischen Rechts zu dessen übrigen Bestandtheilen. Diese Fragen wurden nicht durch die Landesgesetzgebung erledigt, welche das gemeine Recht, soweit sie es für den Kreis ihrer Herrschaft nicht beschränkte, als eine über ihr stehende, mit der Autorität des Reichs bekleidete Macht betrachtete.

IV. Das Rechtssystem, welches als das römische Recht in Deutschland aufgenommen ward, war nicht der reine Inhalt der Justinianischen Sammlung, sondern unter den Händen der Glossatoren und der späteren italienischen Praktiker vielfach umgearbeitet und modernisirt, so daß man ebenso viel auf die gemeine Meinung der angesehenen Juristen, als auf die Worte des Corpus Juris sah[10]). Die deutsche Jurisprudenz setzte

---

[8]) Vgl. z. B. P. G. O. Vorrede und Art. 104. 105. Hier mag unter dem kaiserlichen Recht außer den Reichsgesetzen zunächst an das römische gedacht sein; doch wurde im Mittelalter der Ausdruck weiter genommen; s. oben §. 1. Note 3. Jedenfalls irrt v. Wächter, gemeines Recht Deutschlands S. 29. 198, wenn er unter dem Kaiserrecht nur das römische Recht, auch im Gegensatz zu den Reichsgesetzen, versteht, weil es nur vom Kaiser und nicht vom Kaiser und Reich ausgegangen sei, dagegen auf den allgemeinen Ausdruck „gemeines Recht" kein Gewicht legt.

[9]) v. Wächter, a. a. O. S. 198 ff. — Stobbe, a. a. O. S. 114 ff.

[10]) Selbst die Landesgesetzgebung hat dies zuweilen ganz unbefangen anerkannt; so weist z. B. das Baier. Landrecht v. 1616 a. E. den Richter an, soweit das Landrecht nichts Näheres bestimme, nach der Carolina oder, wo diese Lücken habe, „nach gemeinen Rechten und derselben Lehrer gemeiner Meinung" zu strafen

diese Bewegung fort, und wenn dann schließlich als das Ergebniß wissenschaftlicher Forschung einerseits die Rückkehr zu dem wahren Inhalt der römischen Rechtsinstitute angebahnt ward, so hat doch auch andererseits das einheimische Recht in seinem gemeinrechtlichen Bestande die ihm gebührende Anerkennung und Geltung gefunden. Die Bedeutung der Reception der fremden Rechte ist am Ende des 15. und im Anfange des 16. Jahrhunderts nicht ein für allemal gewohnheitsrechtlich festgestellt worden; sondern mit der veränderten Rechtsüberzeugung und Uebung hat sich auch als deren Niederschlag in dieser Hinsicht ein neueres Gewohnheitsrecht entwickelt, welches dem älteren derogirte. Stellte man daher auch früher die Vermuthung für das römische Recht auf (s. §. 9), so ist das für die heutige Jurisprudenz nicht mehr maßgebend.

V. Endlich kommt in Betracht, daß ein großer Theil des in Justinians Sammlung uns überlieferten Rechts, z. B. das Verfassungsrecht die Lehre von der Sklaverei u. s. w., in Deutschland gar nicht zur Geltung gekommen ist. In Beziehung auf diese Thatsache ist nun freilich mit Recht bemerkt worden, daß es ein Unterschied sei, ob ein Rechtssystem ganz oder im Ganzen recipirt worden: daß Ersteres nicht geschehen, schließe das letztere nicht aus[11]). Allein die Folgerung aus diesem Satze, daß sich daraus für die Anwendung des römischen Rechts das Verhältniß der Regel zur Ausnahme ergebe und jene im Zweifel gelten müsse, erscheint nicht begründet. Denn die übrigen Quellen des gemeinen Rechts stehen dem römischen gleichberechtigt zur Seite, und, selbst wenn diese ihm nicht entgegenstehen, können Verhältnisse vorliegen, welche ihrer Natur nach einer Normirung nach dem fremden Rechte widerstreben, so daß man sich dann von dessen specieller Reception durch das Gewohnheitsrecht überzeugen muß, ehe man es anzuwenden befugt ist[12]). — Ueberhaupt entspricht es doch kaum der Stellung, welche die moderne deutsche Jurisprudenz gewonnen hat, wenn man bei einer solchen Collision der gemeinrechtlichen Quellen noch im Sinne der älteren Proceßtheorie mit Vermuthungen operiren will, während selbst in Civilrechts-

---

(s. v. Wächter a. a. O. S. 49), und die Schwäbische Landgerichtsordnung v. 1618 verweist auf „das gemein geschrieben Recht und was demselben zum ebenmäßigsten ist" (s. Stobbe a. a. O. S. 132).

11) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I. S. 5, den Stobbe, Handbuch I. §. 4. Note 5, nicht gelesen zu haben scheint. — Wenn übrigens das Corpus Juris nicht ganz recipirt ist, so kann es auf keinen Fall als Gesetzbuch zur Anwendung kommen, wie Manche annehmen; dazu fehlt ihm auch das wesentliche Erforderniß der Publication.

12) Daß übrigens eine solche Voruntersuchung unter Umständen nöthig sein kann, haben sowohl v. Wächter a. a. O. S. 190, als auch Windscheid a. a. O. anerkannt.

streitigkeiten die bequemen Präsumtionen zur Beseitigung schwieriger Beweisführungen ihr Ansehen verloren haben[13]).

VI. In diesem Sinne ist der Satz, daß das römische Recht im Ganzen recipirt worden, mit der daraus abgeleiteten Folgerung zu verwerfen[14]). Uebrigens haben ja auch durchweg Wissenschaft und Rechtsübung die Grenzen seiner Geltung im Einzelnen fest bestimmt, so daß zu Zweifeln über die specielle Reception einzelner Institute und Rechtssätze auf dem Gebiete des gemeinen Rechts hauptsächlich nur dann Veranlassung ist, wenn es sich darum handelt, der Consequenz des römischen Rechts gegenüber der selbständigen Bedeutung deutscher Rechtsinstitute Anerkennung zu verschaffen.

§. 9.

Geschichtliche Einleitung. (Fortsetzung.) b. Das gemeine deutsche Privatrecht.

Nach der Aufnahme der fremden Rechte bildeten dieselben für die Juristen beinahe ausschließlich den Gegenstand literarischer Beschäftigung und wurden auch allein auf den Universitäten gelehrt. Selbst die Versuche des 16. Jahrhunderts, die neue Lehre auf gewisse Weise zu nationalisiren, sie dem Volke oder doch den ungelehrten Richtern in ihrer Sprache zugänglich zu machen und mit einzelnen deutschen Rechtsinstituten zu vermischen[1]), — hatten keinen dauernden Erfolg. Mit der stets weiter geführten Umänderung der Gerichtsverfassung und der Benutzung

---

[13]) Die Ansicht, welche Gerber, das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts S. 153, mir imputirt, daß das römische Recht nur in einzelnen Stücken recipirt und nur, wenn die Reception für das Institut des einzelnen Falles nachgewiesen werden könne, anwendbar sei, habe ich in dieser Angelegenheit nie vertreten.

[14]) Vgl. oben Note 4.

[1]) Dahin gehören z. B. die s. g. Rhetoriken und Formulare aus dem Ende des 15. und dem Anfang des 16. Jahrhunderts, von denen ein Verzeichniß bei Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgesch. III. §. 443. Note k, (s. auch Rockinger, über Formelbücher vom dreizehnten bis zum sechszehnten Jahrhundert. München 1855), besonders aber folgende Werke: U. Tengler, Layenspiegel von rechtmäßigen Ordnungen in bürgerlichen und peinlichen Regimenten. Augsburg 1509. fol. und öfter. — Justin Gobler von St. Gewern, der Rechten Spiegel. Aus natürlichen, den beschribnen, geistlichen, weltlichen und andern gebreuchlichen Rechten, Auch gemeynen im Heiligen Reich Teutscher Nation Constitutionen und übungen zugericht. Zuerst Frankf. a. M. 1550. fol. — Andr. Perneder, Institutiones, Auszug und anzaigung aller Kayserlichen und deß heiligen Reichs Rechte. Zuerst Ingolstadt 1544. fol. u. s. w. — Vgl. Kraut, Grundriß S. 48. — R. Stintzing, Geschichte der populären Literatur, s. oben §. 8. Note 1.

der Juristenfacultäten als Spruchbehörden anstatt der Oberhöfe, besonders auch unter dem Einfluß des Reichskammergerichts, trat das römische Recht immer mächtiger auch in der Praxis auf, und was sich vom einheimischen Recht erhalten konnte, flüchtete sich, soweit es nicht in die Reichsgesetze überging, in die Particulargesetze, oder fand in der Analogie römischer Institute und der communis D. D. opinio eine freilich nur schwache Stütze, so daß nur wenigen s. g. allgemeinen Gewohnheiten eine volle Anerkennung zu Theil ward[2]). Selbst im Staatsrecht wollte man anfangs dasselbe Verfahren consequent durchführen[3]), wenn auch hier natürlich mit dem geringsten Erfolg: im Allgemeinen aber blieb das römische Recht mit den ihm angehängten Modificationen im Sinne der Juristen schlechthin das jus commune. — Gegen diese rein romanistische Auffassung des gemeinen Rechts trat nun zuerst eine Reaction ein bei dem sächsischen Volksstamm, der sich ungeachtet der Aufnahme des fremden Rechts einen Theil seiner alten Gebräuche, wie sie namentlich im Sachsenspiegel verzeichnet waren, bewahrt hatte; die sächsischen Constitutionen von 1572, so sehr sie auch romanisirten und ursprünglich nur für Chursachsen erlassen, gaben diesem einheimischen Rechtsstoff doch eine neue Stütze, welche durch Theorie und Praxis der im hohen Ansehen stehenden sächsischen Juristen noch mehr verstärkt ward. So bildete sich für die meisten Gegenden, in welchen das alte Sachsenrecht gegolten hatte, eine gemeinsame Rechtsquelle aus, der man für den Umfang ihrer Geltung die Kraft eines gemeinen Rechts beilegte: das gemeine Sachsenrecht, jus commune saxonicum[4]). Daneben fing man auch an, andern Particularrechten eine selbständige wissenschaftliche Bearbeitung zu widmen, wodurch die in denselben enthaltenen deutschrechtlichen Institute den Juristen

---

[2]) Auch wenn das thatsächliche Bestehen solcher deutschen Gewohnheiten nicht in Abrede zu stellen war, zeigte man sich bei ihrer Anerkennung oft schwierig genug. Vgl. U. Zasius, in novum Dig. de V. O. L. 61. — A. Gaill, pract. observatt. II. obs. 125, und überhaupt Beseler, Lehre von den Erbv. II. 1. §. 5.

[3]) Sogar bei solchen Lehren, die auch gar kein privatrechtliches Element in sich hatten, machte man diesen Versuch; die Landeshoheit z. B. ward als imperium merum et mixtum und jurisdictio behandelt. S. Zasius ad L. 3. D. de jurisdict. — Joach. Mynsinger, respons. jur. 10. 32. und gegen diese Auffassung J. Schilter, praxis jur. rom. exerc. VI. Vgl. R. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I. S. 663 ff. Nach Stobbe (Handbuch I. S. 19) erstreckt sich die Gemeinrechtlichkeit des römischen Rechts auf alle Theile unseres Rechts, auch auf das öffentliche Recht, insbesondere das Staatsrecht. Er hebt aber diese Behauptung wieder auf, indem er dem römischen Rechte „hier" nur eine vorübergehende Bedeutung beilegt.

[4]) Arthur Duck († 1629), de usu et auctoritate juris civilis Romauorum lib. II. cap. 2. §. 12 sq. — B. Carpzov, jurisprudentia for. romanosaxon. P. II. const. 35. def. 8.

mehr erschlossen wurden, und wenn namentlich auch David Mevius in seinem berühmten Commentar über das lübische Recht sich noch nicht als Germanisten bewähren konnte, so stellte er doch darin schon den Grundsatz auf, daß das Statutarrecht selbständig aus sich heraus und ohne an römische Begriffe gebunden zu sein, erklärt werden müsse[5]). Von ganz besonderem Einfluß aber war es, daß Hermann Conring in bestimmter Richtung auf die Förderung des nationalen Rechtsstudiums die erste Bearbeitung einer Geschichte der deutschen Rechtsquellen unternahm[6]) und dadurch nicht blos überhaupt auf sie aufmerksam machte, sondern auch die Juristen veranlaßte, sie nicht allein in historisch-antiquarischem Interesse, sondern auch zu praktischen Zwecken zu benutzen. Das hat namentlich zuerst mit großem Eifer und Erfolg Joh. Schilter gethan[7]); er stellte schon für eine Reihe deutschrechtlicher Institute aus einheimischen Quellen geschöpfte gemeinrechtliche Regeln auf, und wenn er auch das römische Recht sorgfältig genug berücksichtigte und überhaupt nach der Legalordnung lehrte, so hatte er dabei doch zunächst die besondere Gestalt, welche dasselbe in der deutschen Praxis angenommen, im Auge. Ihm folgte in einer verwandten Richtung, wenn auch mit einer schwächeren historischen Grundlage, S. Stryke[8]), während J. H. Böhmer den Dualismus in unserm gemeinen Rechte schon klar erkannte und mit bestimmter Ueberlegung den Stoff desselben nach seinem Entstehungsgrund vertheilte, ohne deswegen für das Privatrecht eine Trennung in der formellen Behandlung vorzunehmen[9]).

Während so die bedeutendsten Juristen Deutschlands bemüht waren, einheimisches Recht neben dem fremden darzustellen und immermehr zur

---

[5]) D. Mevius, commentarii in jus lub. (zuerst Lipsiae 1642. 4.) qu. I. praelim. nu. 57. — P. II. tit. 2. art. 33. nu. 7. — Vgl. Carpzov l. c. P. II. const. 14. def. 53.

[6]) H. Conring, de origine juris germanici. Helmstadii 1643 u. öft. Vgl. O. Stobbe, Hermann Conring, der Begründer der deutschen Rechtsgeschichte. Berlin 1870.

[7]) Jo. Schilter, praxis juris romani in foro germanico (zuerst unter dem Titel: Exercitationes ad pandect. 1672—84) ed. Chr. Thomasius, 1713. fol. — Schon vor Schilter hatte ein sonst obscurer Jurist, Henning Rennemann, eine jurisprudentia romano-germanica geschrieben. Das Werk, von dem mir membrum secundum de jure rerum. Erf. 1651. 4. vorliegt, ist aber ganz ungenießbar. Viel bedeutender und lange von großer Autorität, wenn auch dem Schilterschen Werke nicht zu vergleichen, ist G. A. Struv, jurisprudentia romano-germanica forensis (zuerst 1670), der s. g. kleine Struv im Gegensatz zum syntagma juris. civ. desselben Verfassers.

[8]) S. Strykius, usus modernus pandect. zuerst 1690.

[9]) J. H. Boehmer, exercitationes ad pand. I. exerc. X. De injusta theoriae et praxeos oppositione forensi 2. 5—7. 15. 18.

Anerkennung und Geltung zu bringen, gab ein sonst nicht eben ausgezeichneter Rechtslehrer der ganzen Sache durch einen glücklichen Griff eine neue Wendung. Georg Beier, Professor in Wittenberg, nahm aus dem gemeinen Civilrecht, wie es damals gelehrt ward, den deutschrechtlichen Stoff heraus, und hielt darüber seit 1707 Vorlesungen in Wittenberg[10]). Von da an datirt das jus germanicum privatum oder schlechthin jus germanicum, das deutsche oder gemeine deutsche Privatrecht als eine besondere Disciplin in der deutschen Rechtswissenschaft. Manche behielten freilich die frühere Anordnung noch bei und behandelten zugleich den römischen und deutschen Bestandtheil des gemeinen Privatrechts, ja die meisten Lehrbücher des s. g. Pandectenrechts haben von dem einheimischen mehr oder weniger aufgenommen; aber seit Beier hat doch die selbständige Behandlung des deutschen Privatrechts im Gegensatz zu dem römischen nicht wieder aufgehört.

§. 10.

Deutsches und römisches Recht.

Diese Scheidung des gemeinen Privatrechts nach seinen Quellen, je nachdem sie einheimischen oder fremden Ursprungs sind, ist nicht ohne wesentlichen Nutzen für dessen Ausbildung und Behandlung geblieben; namentlich hat man sich dadurch veranlaßt gesehen, den Rechtsstoff mehr wie es bisher für andere Rechtstheile geschehen ist, seinen Bestandtheilen nach zu zerlegen und in seiner geschichtlichen Entwickelung aufzudecken, was denn nothwendig zu einer tieferen wissenschaftlichen Einsicht führen mußte. Aber auf der andern Seite hat diese Theilung der Arbeit zwischen Romanisten und Germanisten auch große Nachtheile zur Folge gehabt, da sie, ganz abgesehen davon, daß der Grenzproceß nur zu oft zum Nachtheil des deutschrechtlichen Elements entschieden ward, zu der Ansicht Veranlassung gegeben oder sie doch begünstigt hat, daß in unserm gemeinen Civilrecht römisches und deutsches Recht unvermittelt neben einander bestehen, ja wohl gar in einem nothwendigen Streite sich befinden. Diese Ansicht ist in ihrer Einseitigkeit zu verwerfen, wenn auch andererseits die Meinung, daß der Dualismus in unserem gemeinen Rechte be-

---

10) Nach Beiers Tode kam ein kurzes Lehrbuch desselben Inhalts von ihm heraus, delineatio juris germanici; opus posthumum ex rec. G. M. Griebner. Hal. 1718. — Dieselbe Tendenz, welche Beier verfolgte, ist auch in der Behandlung der Differentien des einheimischen und römischen Rechts in Beziehung auf bestimmte Rechtsinstitute ausgesprochen. Allein J. P. von Ludwig behandelte in 22 Abhandlungen, welche zu Halle von 1712—42 herauskamen, solche differentiae juris romani et germanici.

reits überwunden und dieses in seiner praktischen Geltung zu einem einheitlichen Rechtssysteme ausgebildet sei[1]), vor einer unbefangenen Prüfung unseres Rechtszustandes nicht bestehen kann.

Wenn aber in unserem gemeinen Civilrecht das germanische und romanische Element noch in einer gewissen Selbständigkeit erhalten ist, so wird es auch nöthig sein näher zu bestimmen, was denn eigentlich als deutschrechtlicher Bestandtheil unseres Privatrechts anzusehen und dem römischen Recht gegenüber zu stellen ist. Das läßt sich nun kurz so angeben: deutsches Recht ist Alles, was als die Folge deutscher Rechtsbildung erscheint, und aus einheimischen Quellen abgeleitet werden kann. Zunächst werden darunter also diejenigen Rechtsinstitute begriffen sein, welche sich schon vor Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland vorfanden und ungeachtet dieser Aufnahme sich noch in gemeinrechtlicher Geltung erhalten haben: also z. B. die wichtigsten Lehren des deutschen ehelichen Güterrechts; die Reallasten; das Familienrecht des hohen Adels u. s. w. Allein es ist offenbar einseitig und willkührlich, wenn man nur diese älteren deutschen Rechtsinstitute zum eigentlich deutschen Recht zählen will; auch nach der Reception des römischen Rechts hat die Rechtserzeugung in Deutschland, selbst die des gemeinen Rechts, nicht ganz aufgehört, so daß die Annahme falsch ist, nur die fremden Rechte in ihrer ursprünglichen Gestalt und die Reste des älteren deutschen Rechtssystems beständen neben einander. Das Bedürfniß der modernen Zeit hat sich vielmehr auch auf dem Gebiet des gemeinen Rechts nach verschiedenen Seiten hin geltend gemacht und seine Befriedigung gefunden, sei es in selbständigen Instituten, wie dem Familienfideicommiß, dem Erbvertrag, manchen handelsrechtlichen Einrichtungen und Geschäften; sei es in eigenthümlichen Modificationen, welche altdeutsche Rechtsinstitute so gut wie rein römische erfahren haben, und wodurch sie von ihrer ursprünglichen Natur Manches einbüßen mußten. In dieser letzteren Hinsicht kann nicht genug hervorgehoben werden, daß auf der einen Seite kaum ein deutsches Rechtsinstitut besteht, welches nicht mehr oder weniger vom römischen Recht ist ergriffen und bestimmt worden[2]); daß aber andererseits dies römische Recht, so störend und gewaltsam es auch in unser Rechtswesen eingedrungen ist, bei weitem nicht in dem Umfange und dem Maaße, wie die ältern Romanisten es beabsichtigten, zur Geltung gelangen konnte[3]).

---

[1]) Reyscher in der Zeitschrift für deutsches Recht I. S. 7. IX. S. 368 ff.

[2]) Wenn nicht unmittelbar, so doch mittelbar, z. B. bei den Reallasten durch die Entfernung des Begriffs der deutschen Gewere aus dem heutigen Rechte; bei dem Retracte durch die rechtliche Bestimmung des Kaufgeschäfts, überhaupt aber durch den Einfluß auf die Lehre von den Klagen u. s. w.

[3]) Vgl. oben §. 8. u. 9.

Wenn nämlich auch ursprünglich die Absicht der Juristen darauf gerichtet war, das römische Recht, wie es unter Justinian zusammen gefaßt, in Bologna glossirt war, vollständig und unbedingt zur Anwendung zu bringen, so hat dieser Plan doch nicht durchgeführt werden können. Ein großer Theil des römischen Rechts, und nicht blos des öffentlichen, ist in Deutschland nie praktisch geworden, und Vieles, was als römisches Recht gelehrt wurde, war modernen Ursprungs und nur durch die Doctrin jenem zugerechnet[4]). — Will man daher nach den hier angegebenen Gesichtspunkten das gesammte gemeine Privatrecht, wie es in Deutschland praktisch geworden, in bestimmte Rechtsinstitute zerlegt auf seinen Ursprung zurückführen, so wird man folgende Bestandtheile zu unterscheiden haben:

deutsche Rechtsinstitute, die mehr oder weniger vom römischen Recht, und

römische Rechtsinstitute, die mehr oder weniger vom deutschen Recht modificirt sind[5]).

Zwischen diesen beiden Bestandtheilen des gemeinen deutschen Privatrechts glaubte man nun, als man sie überhaupt schon in ihrer selbständigen Begründung neben einander anerkannte, doch einen Unterschied machen zu müssen, wonach das römische Recht als das bevorzugte, im Besitz befindliche erschien, gegen welches dem einheimischen Recht erst die Geltung zu erstreiten sei. Man ging dabei, wie oben §. 8 gezeigt worden, von der Ansicht aus, daß das römische Recht als im Ganzen recipirt, die Vermuthung für sich habe, und wandte diesen Satz auch auf dessen Verhältniß zum deutschen Privatrecht an[6]). Diesen Unterschied in

[4]) Darauf, daß ein großer Theil dieser Modificationen des römischen Rechts schon von den italienischen Juristen begründet oder angedeutet war, bevor man sich in Deutschland damit beschäftigte, braucht hier kein besonderes Gewicht gelegt zu werden. Denn römischen Ursprungs sind diese Modificationen keinenfalls und für das deutsche Rechtswesen erst von Bedeutung, nachdem sie von den deutschen Juristen aufgefaßt und selbständig verarbeitet worden.

[5]) Man pflegt wohl noch s. g. gemischte Institute zu unterscheiden, die aus deutschen und römischen Rechtsprincipien zusammengesetzt sind, und dafür den Erbvertrag, das Familienfideicommiß u. dgl. anzuführen (s. Mittermaier, Grundsätze I. §. 1. — J. Weiske, praktische Untersuchungen III. S. 23. 24): allein dies sind, wie oben bemerkt worden, Institute neuern Ursprungs und deutsch-rechtlicher Natur, bei deren Construction nur mehr römisch-rechtliches Material, als gewöhnlich, verwandt worden ist.

[6]) Das ist im Wesentlichen noch die Ansicht von Schilter, praxis jur. rom. Exerc. I. §. 12, und dazu das in der Ausgabe von Thomasius irrthümlich zu II. §. 12. gestellte additamentum. Eben deswegen ward er von Kulpis (Conradi Sinceri civis Germani de germanicarum legum veterum ac Romani juris in republica nostra origine auctoritateque praesenti dissertatio epistolica

der Geltung des römischen und des einheimischen Rechts formulirte man später so, daß das letztere nur ein bedingt gemeines sei und, damit es auf bestimmte Rechtsinstitute zur Anwendung gebracht werden könne, die Anerkennung im Particularrechte voraussetze[7]). Allein nicht der einheimische oder fremde Ursprung der Rechtsquellen, sondern deren Natur und die Beschaffenheit der Rechtsinstitute bestimmen den Umfang und die Art ihrer gemeinrechtlichen Geltung[8]). Das gemeine deutsche Privatrecht, welches wesentlich ein ungeschriebenes Recht ist, hat an und für sich dieselbe Kraft wie das durch die Gewohnheit in Deutschland aufgenommene fremde Recht; die dazu gehörigen Rechtsinstitute sind bald bedingt bald unbedingt subsidiarisch. Freilich ist das römische Recht reicher an Satzungen der letzteren Art wie das deutsche; aber auch diesem fehlen sie nicht, wie die rechtliche Wirkung und die Aufhebungsgründe der väterlichen Gewalt, das Urheberrecht, die allgemeine Gültigkeit formloser Verträge, die Erbverträge, das Lehenrecht, das Familienfideicommiß, die Inhaberpapiere, das Handelsrecht u. s. w. beweisen. (Vgl. oben §. 2.)

---

cap. 88), Thomasius (in der Vorrede zur Ausgabe von Schilters Exercitationen und in der Note 55. zu Kulpis) und andern angegriffen, während z. B. Strube, Nebenstunden V. S. 77 ff. in der Hauptsache mit Schilter übereinstimmt.

[7]) Hufeland, Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaft. Stück I. Abhandl. 3. — Chr. L. Runde, deutsches ehel. Güterrecht §. 4, und in der Zeitschrift für deutsches Recht VII. S. 7. 8. — Wenn dagegen Falck, jurist. Encyclopädie §. 124. Note 69, das gemeine deutsche Privatrecht nur als Einleitung in das Studium der Particularrechte gelten läßt, so hört es freilich damit auf, ein Recht zu sein, da ein solches ohne die Möglichkeit einer unmittelbaren Anwendung nicht gedacht werden kann. Die Ansicht von Falck theilt auch Gerber, das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts S. 176. Wenn er, System S. 15, gegen diese Zusammenstellung einwendet, der Inhalt des von ihm construirten deutschen Privatrechts sei vollkommen anwendbar, nämlich in der Form der Particularrechte, so giebt er damit selbst zu, daß es eben kein gemeines Recht sei. Die Möglichkeit, ein Rechtssystem auch nach einer andern Rücksicht als der der Rechtsanwendung darzustellen, ist natürlich nicht zu bezweifeln; aber es fragt sich eben, ob durch eine solche Behandlungsweise das nur particularrechtlich anwendbare Recht zu einem Rechtssystem wird, welches sich selbständig über die Summe der einzelnen Particularrechte erhebt, und das ist zu verneinen. — Im Wesentlichen auf dem Standpunkte von Gerber stehen Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts I. §. 7—10, und v. Roth, System des deutschen Privatrechts I. §. 1. Das Reichsgericht dagegen (jeder Band der Entscheidungen liefert dafür den Beweis) verwerthet unbedenklich Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts für seine Rechtsprechung und läßt wegen Verletzung derselben die Revision zu.

[8]) D. Mevius, decision. P. III. dec. 270. — Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 40. Note e. — Beseler, Volksrecht und Juristenrecht S. 98 ff.

§. 11.

Umfang und System dieses Werkes.

Die Aufgabe dieses Werkes ist es, den germanischen Theil unseres gemeinen Civilrechts wissenschaftlich darzustellen. Doch ist dieser Gegenstand in einer weiteren Ausdehnung aufgefaßt worden, als es wenigstens gewöhnlich in verwandten Schriften geschehen ist. Denn einmal finden die allgemeinen Lehren von den Rechtsquellen und Rechtsverhältnissen, welche für die Germanisten und Romanisten die gleiche Bedeutung haben, ihre genauere Entwickelung, und außerdem sollen nicht allein die einheimischen Rechtsinstitute mit den Modificationen, welche sie in Folge der Aufnahme des römischen Rechts erfahren haben, vollständig dargestellt werden, sondern auch umgekehrt diejenigen Modificationen römischer Rechtsinstitute, welche durch die moderne Rechtsbildung hervorgerufen sind, insofern sie einen selbständigen, principienmäßig zu entwickelnden Charakter an sich tragen. So ist z. B. die Testamentslehre im Allgemeinen als rein römisch zu betrachten; aber die Lehre von der gerichtlichen Form der Testamente, den wechselseitigen Testamenten, den Testamentsexecutoren darf als Theil des einheimischen Rechts bei dessen Darstellung abgehandelt werden, und ebenso ist bei anderen Rechtsinstituten zu verfahren. Ganz ausgeschlossen bleibt nur das rein römische Recht mit Einschluß der Controversen, welche nur aus diesem zu entscheiden sind. Doch soll bei den einzelnen Lehren angegeben werden, inwieweit sie nach einheimischem oder fremdem Rechte zu construiren sind und in welchem Verhältniß beide Elemente dabei zu einander zu stehen kommen. Dadurch wird es denn auch möglich, eine gewisse Vollständigkeit des Systems, wenn nicht in der genaueren Ausführung alles Einzelnen, so doch in der allgemeinen Anordnung und übersichtlichen Darstellung zu erreichen. Daß man es hier mit einem vom römischen Rechte durchbrochenen Rechtsstoff zu thun hat, wird sich freilich bei jeder systematischen Anordnung desselben bemerklich machen. — Die Rechtsgeschichte wird aber immer nur insoweit herbeigezogen, als sie für die richtige Erkenntniß und die dogmatische Begründung der deutschrechtlichen Lehren sowie für die Grenzbestimmung zwischen dem einheimischen und fremden Recht unentbehrlich ist. Sonst ist der Plan bestimmt darauf gerichtet, nur praktisches Recht zu geben, was die Rechtsalterthümer fern hält, und nur gemeines Recht, wodurch den Particularrechten ihre untergeordnete, nur die gemeinrechtliche Deduction unterstützende Bedeutung für dieses Werk angewiesen ist. Doch kann hier, schon des wissenschaftlichen Zusammenhanges wegen, nicht immer ängstlich die Grenze bewahrt bleiben, und die Inconsequenz zuweilen auch auf solche Institute Rücksicht zu nehmen, welche eine gemein=

rechtliche Darstellung nicht gestatten, wird schon zu verzeihen sein, wenn sich die wahre Lage der Sache nur stets gehörig bezeichnet findet. Kann doch schon deswegen ein Eingehen auf solche Lehren nothwendig werden, damit sich eben klar und bestimmt herausstelle, daß sie auf eine gemeinrechtliche Geltung keinen Anspruch machen können, und daß es sich dabei etwa nur, wie bei dem Recht der Rittergüter, um eine historisch-statistische Einleitung in die Particularrechte handelt. Doch kommen auch hier höhere Gesichtspunkte in Betracht. Für gewisse nur particularrechtlich geltende Institute, wie die gerichtliche Auflassung, das moderne Immobilienpfandrecht ist schon deswegen ein näheres Eingehen gerechtfertigt, weil sich in ihnen die leitenden Grundsätze, von denen die Landesgesetzgebungen bestimmt worden sind, geschichtlich und dogmatisch feststellen lassen.

So viel von dem Umfang und Plan dieses Werkes; über das in demselben befolgte System ist Folgendes zu bemerken. Dem allgemeinen Theil folgt der besondere, welcher in zwei Büchern das allgemeine bürgerliche Recht und die Spezialrechte enthält. Gegen diese, von namhaften Autoritäten begründete Eintheilung[1]) läßt sich freilich vom Standpunkte der heutigen Rechtszustände Manches einwenden; aber die Vorzüge derselben sind doch überwiegend, was indessen erst dann gehörig nachgewiesen werden kann, wenn die Bedeutung der besonderen Rechtsverhältnisse für das heutige Rechtsleben näher entwickelt wird[2]). Vor Allem kommt hier in Betracht, daß ohne eine solche Scheidung des Stoffs eine einfache und übersichtliche Systematisirung des gemeinen Landrechts sehr schwer und die zusammenhängende Darstellung der dem Ständewesen angehörigen Rechtsinstitute geradezu unmöglich ist. — Daß aber das Lehenrecht im System des gemeinen deutschen Privatrechts seinen Platz findet und zwar, wohin es jetzt gestellt ist, unter den Spezialrechten, wird durch die Zweckmäßigkeit so sehr empfohlen, daß

[1]) Sie liegt folgenden zwei bedeutenden Werken zum Grunde: Haubold, Lehrbuch des Königlich-Sächsischen Privatrechts. 3. von Hänsel besorgte Ausgabe. Leipzig 1846, und Chr. F. Weiße, Einleitung in das gemeine teutsche Privatrecht. 2. Aufl. Leipzig 1832.

[2]) Vgl. Philipps, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts I. §. 20, der sich in den neueren Auflagen seines Werkes jener Eintheilung im wesentlichen angeschlossen und auch auf die von Gaupp (Allg. Litt. Zeitung 1831. S. 63 ff.) dagegen erhobenen Bedenken geantwortet hat. Ausführlicher habe ich hierüber gehandelt Volksrecht und Juristenrecht Cap. 7, und unten in der Einleitung zum dritten Buch. — Daß auch die Franzosen die besonderen Rechtsverhältnisse außerhalb des bürgerlichen Gesetzbuchs in Spezialgesetzen normirt haben, außer dem Handelsgesetzbuch in Gesetzen über die Verhältnisse des Bergbaus, der Waldungen, der Privatgewässer u. s. w., ist eine Thatsache, welche auch von uns für die Systematik des Privatrechts zu beachten ist.

die dagegen vorgebrachten Gründe ohne Wirkung bleiben müssen[3]); auch gravitirt das Lehenrecht gegenwärtig seiner ganzen Bedeutung nach weit mehr zum Privatrecht als zum Staatsrecht, und ist jedenfalls unentbehrlich, um andere wichtige Rechtsinstitute, namentlich die Erbfolge des hohen Adels und die Familienfideicommisse im wissenschaftlichen Zusammenhange entwickeln zu können. Bleibt es ja immerhin einem jeden unbenommen, das Lehenrecht als eine eigene Rechtslehre selbständig und für sich abzuhandeln! — Wenn man aber das allgemeine bürgerliche Recht nach Ausscheidung der Spezialrechte für eine zusammenhängende Darstellung zugänglich gemacht hat, so ist nicht abzusehen, warum nicht die hergebrachte Eintheilung in Personen-, Sachen-, Obligationen-, Familien- und Erbrecht, welche in der Natur und Stellung der Rechtsverhältnisse ihre Begründung findet, auch hier zur Anwendung kommen soll. Voigtei, Gewere und die andern altdeutschen Rechtsbegriffe sind freilich auch jetzt noch von großer geschichtlicher Bedeutung, und selbst für die dogmatische Behandlung einzelner Rechtsinstitute fruchtbar; aber sie zum Mittelpunkt eines Systems des geltenden Rechts machen, heißt doch die Anforderungen der Gegenwart und vollendete Thatsachen der Geschichte ignoriren! — Der Gang des Systems im Einzelnen bestimmt sich dann nach der Natur der von den Rechtsverhältnissen getragenen Rechtsinstitute und nach den verschiedenen, für sie, einzeln genommen und in ihren wechselseitigen Beziehungen wirksamen Momenten. Es muß eben eine dialektische Bewegung im System herrschen, die aber nicht von außen her durch fremdartige Bestimmung hineingetragen wird, sondern in dem Wesen der Dinge selbst ihren Grund hat[4]).

Zweites Kapitel.

Methode des gemeinen deutschen Privatrechts.

§. 12.

Von der juristischen Methode im Allgemeinen.

Die wissenschaftliche Darstellung oder Theorie des positiven Rechts hat die Aufgabe, den Inhalt desselben, wie er sich in den Rechtsquellen niedergelegt findet, zu entwickeln und in seinem innern Zusammenhange

---

3) Die Wichtigkeit, welche namentlich Dieck, Zeitschrift für deutsches Recht III. S. 160—92, der ganzen Frage beilegt, scheint sie mir auf keinen Fall zu verdienen. Vgl. auch Philipps a. a. O. §. 28.

4) Vgl. Stahl, Rechts- und Staatslehre §. 30—35.

nachzuweisen; es kommt also nicht blos darauf an, daß der Stoff mit gehöriger Vollständigkeit und Genauigkeit gelehrt werde, sondern auch darauf, daß er wissenschaftlich verarbeitet und geordnet sei. Das ist aber nicht der Fall, wenn eine Masse einzelner Rechtssätze, in einer gewissen äußeren Ordnung zusammengefaßt, als geltendes Recht gelehrt werden; denn wenn auch jede einzelne Regel an sich ganz richtig und eine gewisse Vollständigkeit in der Aufzählung erreicht worden ist, so fehlt doch noch viel, daß sie das Recht enthielten, wie es ist und wissenschaftlich zu begreifen ist. Vor Allem muß die Anforderung an die wahre Theorie gestellt werden, daß sie, wenn auch nur mit einem bestimmten Theile des Rechts beschäftigt, dieses doch in seinem ganzen Zusammenhange als System überblickt, die Beziehung des Einzelnen zu diesem Ganzen klar erkennt und zum vollen Verständniß zu enthüllen weiß. Dann aber kommt es hauptsächlich darauf an, die leitenden Principien, den eigentlich wesentlichen Inhalt der Lehre, fest und bestimmt hinzustellen, — ein Ergebniß, welches nur dann erreicht werden kann, wenn man es unternimmt, das organisch Verbundene als solches zu erkennen, also die Rechtsinstitute ihrer allgemeinen Natur nach und in ihrer concreten Gestaltung zu schildern.

Nun ist es freilich für die vollständige Rechtskenntniß nicht genügend, daß man sich im Besitz der allgemeinen Principien befinde, welche die Rechtsinstitute beherrschen; auch die einzelnen Rechtsregeln, nach welchen die Fälle des praktischen Lebens zu beurtheilen sind, dürfen dem Juristen natürlich nicht fremd sein. Allein Rechtsprincip und Rechtsregeln sind keine neben einander stehende, gleiche Größen; die letzteren sind vielmehr in dem ersteren implicite enthalten und mit ihm zugleich gesetzt, so daß es nur, insofern das positive Recht durch eine ausdrückliche Sanction keine bestimmten Hindernisse entgegenstellt, der consequenten Entwickelung bedarf, um sie aus demselben abzuleiten und als gültig zu begründen. Diese logische Operation aber, in der die römischen Juristen Meister waren, ist nicht nothwendig und keinenfalls in aller Vollständigkeit die Aufgabe der wissenschaftlichen Theorie, so wenig als der Gesetzgebung; das Meiste ist hier der praktischen Jurisprudenz zu überlassen. Nur zur Anweisung und Belehrung und namentlich zur größeren Veranschaulichung des Princips ist es in der Regel angemessen, die Wirksamkeit desselben in seinen einzelnen Folgerungen darzuthun, und auf diese Art der ganzen Darstellung diejenige Sicherheit und Bestimmtheit zu geben, welche nur durch die genauere Darlegung des Stoffs zu erreichen ist. Eine vollständige Aufzählung der einzelnen Rechtsregeln ist aber hiervon wesentlich verschieden, und kann der Wissenschaft nur dann zugemuthet werden, wenn sie es nicht mit einem frei und principienmäßig ausgebildeten

Rechtswesen, sondern mit einem solchen zu thun hat, wo in den Rechtsquellen auch das Besondere kleinlich und ängstlich fixirt worden ist, und die Gesetzgebung die Aufgabe der Jurisprudenz an sich zu ziehen versucht hat. — Aber auch damit ist es nicht allein gethan, daß die Rechtslehre gehörig erfaßt und dargestellt werde; sie darf auch in der Theorie nicht losgebunden vom Rechtsleben gedacht werden, sondern dieses, in den Rechtsverhältnissen wirksam und vertreten, bildet für das Recht selbst die thatsächliche Basis, auf der es erwächst und für die es seine Entwickelung findet. Diese Wechselwirkung zwischen jus und factum, Recht und Verhältniß findet nicht blos für die Praktiker statt; auch der Theoretiker muß sich ihrer im eminenten Sinne bewußt sein und sie zur Anschauung gebracht haben, wenn seine Lehre nicht aller Unmittelbarkeit und Frische entbehrend in Gefahr gerathen soll, statt den Stoff lebendig zu durchdringen und zu reproduciren, ein todtes, nur in sich ruhendes Wissen zu überliefern, oder gar zu Resultaten zu gelangen, welche den Anforderungen des Lebens und den thatsächlichen Verhältnissen geradezu widersprechen. Es ist ein trauriger Irrthum und ein Zeichen tiefen Verfalls, wenn in der Jurisprudenz eine Theorie für möglich und berechtigt gilt, welche sich gleichgültig gegen die Praxis verhält.

Aus dem Angeführten ergiebt sich, daß für die wissenschaftliche Behandlung des positiven Rechts mit der Ableitung desselben aus den Rechtsquellen noch nicht Alles gethan ist; daß vielmehr noch eine andere, freiere Thätigkeit des Geistes hinzukommen muß, wenn allen Anforderungen Genüge geschehen soll. Natürlich aber bleibt doch die richtige Benutzung der Rechtsquellen die erste, unerläßliche Pflicht für jede positive Rechtslehre; denn ohne den sicheren, wissenschaftlich begründeten Stoff bleibt alle geistige Ausstattung desselben trügerisch und eitel.

§. 13.

Methode des gemeinen deutschen Privatrechts.

Das gemeine Recht Deutschlands, in wie viele Theile man es auch seinem Gegenstande nach zerlegen mag, hat im Wesentlichen dieselbe Natur und dieselben Quellen; es wird daher, auch abgesehen von den so eben entwickelten allgemeinen Anforderungen an eine wissenschaftliche Theorie, für die Darstellung des gemeinen Rechts im Allgemeinen dieselbe Methode zur Anwendung zu bringen sein. Während man sich aber bei den andern Rechtslehren gewöhnlich wenig mit dieser Frage beschäftigt, so ist sie gerade für das deutsche Privatrecht mit besonderm Fleiße behandelt worden, und zwar meistens in dem Sinn, als ob es sich hier von etwas ganz Besonderem handelte, welches für andere Theile des ge-

meinen Rechts nicht zu berücksichtigen sei oder doch nicht dieselbe Bedeutung habe [1]). Diese Erscheinung, welche bei einer näheren Ueberlegung sehr auffallen muß, findet in der That auch nur in der Geschichte ihre Erklärung; sie ist eben durch die Lostrennung des einheimischen gemeinen Privatrechts von dem römischen und durch den damit in Verbindung stehenden Kampf um die Anerkennung des ersteren hervorgerufen worden. Betrachten wir dieses etwas näher.

Es ist bereits oben (§. 9.) gezeigt worden, wie seit dem Ende des 15. Jahrhunderts das römische Recht die ganze deutsche Jurisprudenz beherrschte, und selbst das, was vom einheimischen Recht erhalten blieb, einer romanisirenden Betrachtungsweise unterworfen ward. Sogar für das Staatsrecht machte sich diese Richtung geltend; aber hier war doch die Macht des thatsächlich Bestehenden zu groß, als daß das römische Recht, wenn es auch einen gewissen Einfluß darauf ausübte, es hätte unter seine Herrschaft bringen können; mit Ausnahme weniger Lehren ward es aus diesem Kreise verdrängt, so daß selbst die noch äußerlich romanisirende publicistische Deduction, von Hermann Conring, Ludolph Hugo und anderen energisch bekämpft, bereits im 17. Jahrhundert in Abnahme kam. Die Romanisten überließen es nun den Publicisten, sich in ihrer Provinz zurecht zu finden, und diese suchten, so gut es gehen wollte, die verfallene Reichsverfassung und das krause Wesen des deutschen Territorialstaatsrechts zur rechtlichen Erkenntniß zu bringen. Dabei bedienten sie sich, soweit die Reichsgesetze keinen Anhalt gewährten, bald der historischen Deduction, bald lehnten sie sich mehr an die Staatspraxis und Analogie an, ohne jedoch daraus eine consequent durchgeführte Methode zu bilden und deren tiefere, wissenschaftliche Begründung für nöthig zu halten. — Aehnlich wie die Publicisten, erfreuten sich auch die Feudisten, welche das Lehenrecht noch als besondere Disciplin behandelten, und die Canonisten mit ihrem umfassenden Quellenvorrath einer von jeher anerkannten Selbständigkeit, und wenn unter den letzteren auch J. H. Böhmer das protestantische Kirchenrecht nur als einen usus modernus juris canonici zu begründen vermochte, so lag doch auch hier nach der Natur des Gegenstandes eine Materie vor, deren man sich mit den gewöhnlichen Hülfsmitteln der Jurisprudenz bemächtigen zu können hoffen durfte. Auch die Bearbeiter des Strafrechts und Processes, durch die Reichsgesetze und die Autorität der reichsgerichtlichen Praxis gestützt, hatten ihr besonderes, von dem römischen Recht abgeschlossenes Gebiet, und es war eben ihre Sache zu bestimmen, wie viel sie von jenem als

---

[1]) Selbst Eichhorn in seiner vortrefflichen Abhandlung über das geschichtliche Studium des deutschen Rechts (Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft I. S. 124—46.) spricht nur vom bürgerlichen Recht.

geltend anerkennen wollten, und was sie den einheimischen Rechtsquellen glaubten entnehmen zu müssen. Ebenso verhielt es sich mit dem gemeinen Civilrecht, so lange dasselbe ohne Rücksicht auf seine Herkunft, den Gegenstand derselben Vorträge und Schriften ausmachte: der Eine gab mehr, der Andere weniger auf das, was man Gewohnheit, Praxis, Sitte der Deutschen nannte, und selbst Schilter ward noch, wie Thomasius es als eine Art göttlicher Fügung preist[2]), von den Romanisten geduldet, weil er doch die Vermuthung für die Anwendbarkeit des römischen Rechts gab, während Kulpis wegen seiner mehr energischen Vertretung des einheimischen Rechts die heftigsten Angriffe abzuwehren hatte. Aber was sich in diesem Streite schon angedeutet findet, das ward bald nachher verwirklicht: die Trennung des deutschen Privatrechts von der römischen Rechtslehre. Nun konnte es nicht fehlen, daß die Bearbeiter des Ersteren, die Germanisten, indem die unvermittelte Beschäftigung mit den Rechtsalterthümern und dem usus modernus sie nicht mehr befriedigte[3]), sich Rechenschaft darüber zu geben suchten, welche Quellen ihnen denn zu Gebote ständen und wie sie es überhaupt anzufangen hätten, um auch ihrerseits eine gemeinrechtliche Lehre zu begründen, — eine Aufgabe, deren wissenschaftliche Lösung um so nothwendiger ward, da theils das in den Reichsgesetzen und den nach damaliger Ansicht beweisbaren allgemeinen Gewohnheiten enthaltene Material sehr gering war, theils aber bei der so oft entgegenstehenden und zu bekämpfenden romanistischen Auffassung der Institute ein principienloses Aufzählen deutschrechtlicher Regeln ohne deren innere Begründung auch damals schon nicht befriedigen konnte. Daher nun bei der lebendigen Ueberzeugung der Germanisten, es müsse ein dem römischen Recht gleich stehender, gemeinrechtlicher Stoff einheimischen Ursprungs zu finden sein, das männliche, ausharrende

---

2) S. Note 60. zu der oben §. 10. Note 6. citirten, von Thomasius herausgegebenen Schrift des Kulpis. Eadem est sententia nostra de Schiltero, quamvis supra strenue adversus ipsum ex amore veritatis in quaestione praejudiciali de autoritate juris Romani pugnaverimus. Fuit hactenus non solum primus, sed et pene solus de restaurando jure patrio (privato, nam de publico aliquot alii viri illustres et clarissimi, quamvis pauci, fuere solliciti) immortaliter meritus. Et in nuperrima praefatione ad novam editionem Exercitationum ad Pandectas non sine ratione singulari directioni divinae providentiae adscripsi, quod Schilterus in ista quaestione praejudiciali aberraverit a veritatis tramite, ut videlicet eo minus ab osoribus juris patrii scripta ejus contemnerentur aut impedirentur.

3) Dies gilt namentlich von J. G. Heineccius, der in seinem Werk: Elementa juris privati germanici 2 voll. Hal. 1737, das deutsche Privatrecht zuerst einer wissenschaftlichen Bearbeitung unterwarf, wenn er dabei auch keine bestimmte Methode entwickelte und die Rechtsalterthümer mehr als billig berücksichtigte.

Bestreben, dieses einheimischen Rechts sich zu bemächtigen und es zur Anerkennung zu bringen. Es hat manchen verfehlten Versuch, manche getäuschte Erwartung, manche stille Kränkung gekostet, ehe die Germanisten bis zu dem Ziele gelangt sind, an welchem sie jetzt stehen, und für vollendet ist ihre Aufgabe noch nicht zu halten, bis ein gemeines deutsches Nationalrecht gewonnen ist; aber sie haben für eine hohe, nationale Idee gekämpft und gerungen, und das, was sie zunächst nur dem Privatrecht zugebracht haben, wird immer mehr dem ganzen deutschen Rechtswesen zu Gute kommen.

Gedrängt von den Romanisten, welche der neuen Lehre quaestionem status machten, sahen sich die Germanisten nun veranlaßt, für das deutsche Privatrecht in seiner gemeinrechtlichen Geltung einen bestimmten Rechtstitel aufzusuchen. Die wissenschaftliche Behandlung der Rechtsquellen und namentlich des Gewohnheitsrechts war in jener Zeit so verwahrlost, daß sie keine Hülfe bot, und so versuchte man es denn, durch die Aufstellung einer besonderen germanistischen Methode seinen Zweck zu erreichen. Die älteren Versuche dieser Art haben fast nur noch eine literargeschichtliche Bedeutung[4]). Dies gilt namentlich von der Ansicht, daß man berechtigt sei, aus der Uebereinstimmung vieler Particularrechte auf das Dasein einer gemeinrechtlichen Regel zu schließen, — eine Ansicht, auf welche Pütter[5]) seine Analogie des deutschen Privatrechts baute, und welche Selchow[6]) vor Allem durch eine umfassende Sammlung von Particularrechten zu heben und fruchtbar zu machen suchte. Allein da eine solche Uebereinstimmung auch aus andern Gründen, als weil ein gemeinrechtliches Princip sich darin ausgesprochen hat, entstehen kann, so liegt der ganzen Auffassung eine Verwechslung des blos Möglichen oder Wahrscheinlichen mit dem Gewissen zum Grunde, weswegen sie als unhaltbar hat aufgegeben werden müssen. An deren Stelle machte sich die historische Methode, welche aus der Geschichte der Rechtsverhältnisse und Rechtsinstitute deren Natur und Wesen, und also die Principien des jetzt geltenden gemeinen Rechts zu entwickeln sucht, immer mehr auch für das Privatrecht geltend, während man sie schon früher für das Staatsrecht mit nicht geringem Erfolg angewandt hatte. Zuerst

---

4) Vgl. im Allgemeinen Eichhorn, Einleitung §. 39. 42. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 35—41. — Gaupp in der allgem. Litt. Zeitung 1831. S. 53—61. — Türk, Vorlesungen über das deutsche Privatrecht S. 407—444. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 111—116. — Reyscher, Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 344—365. — Gerber, das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts S. 15—105.

5) Elementa juris germ. pr. hodierni §. 65. 66. nu. IV. 70. 71.

6) Elementa jur. germ. pr. hod. p. XXIII. in der Vorrede zur 2. Ausg.

von Pütter[7]) angedeutet, ist sie von Tafinger[8]) wissenschaftlich formulirt und von Eichhorn[9]) so fest begründet worden, daß sie jetzt von allen Germanisten für unentbehrlich gehalten wird, wenn sie ihr auch nicht, wie der zuletzt genannte Gelehrte, dem Weiße[10]) und Phillips[11]) im Wesentlichen folgen, die ausschließliche Berechtigung zugestehen. Es liegt nämlich hiergegen das Bedenken nahe, daß die geschichtliche Begründung der Rechtsinstitute doch nur dann nothwendig erscheint, wenn in dem Rechtsleben der Gegenwart die dazu erforderlichen Momente nicht vorhanden sind und nicht erfaßt werden können; und daß sich, auch wenn man es mit einem ungeschriebenen Recht zu thun hat, recht wohl Fälle denken lassen und auch wirklich vorkommen, für welche das historische Material durchaus unzureichend ist oder ganz fehlt, um aus demselben ein Rechtsinstitut seinem Wesen nach zu begreifen und in seinen leitenden Principien darzustellen. Kann man es nun unter der ersten Voraussetzung mit Rücksicht auf die Entwickelung des praktischen Rechts für durchaus nothwendig halten, die Geschichte jedes einzelnen Rechtsinstituts zu verfolgen? und soll man im zweiten Falle auf jede gemeinrechtliche Begründung von vorne herein verzichten, weil sie nicht der Geschichte entnommen werden kann? Diesen Bedenken scheint dadurch abgeholfen zu werden, daß man für die Methode des gemeinen deutschen Privatrechts eine Lehre aufstellt, in welcher die historische Deduction nur als ein wichtiges Hülfsmittel anerkannt wird, ohne dabei eine ausschließliche Herrschaft auszuüben. Darauf beruht die Ansicht derer, welche den gemeinrechtlichen Stoff durch die Entwickelung aus der Natur der Sache gewinnen wollen. Hierüber bedarf es aber einer näheren Erörterung.

§. 14.

Von der s. g. Natur der Sache.

Was unter der Natur der Sache zu verstehen, ist nicht so leicht anzugeben, da der Ausdruck vieldeutig ist. Er wird einmal in einem allgemeineren, nicht technisch juristischen Sinne gebraucht, und bedeutet

---

7) Beiträge zum teutschen Staats- und Fürstenrecht 2. Th. (Göttingen 1779) Nr. XXVIII. S. 96. 97.

8) W. G. Tafinger, über die Bestimmung des Begriffs der Analogie des deutschen Privatrechts. (Ulm 1787) §. 50. S. 165. 166.

9) Ueber das geschichtliche Studium des deutschen Rechts in der Zeitschrift für gesch. Rechtsw., I. S. 124—46. — Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 39—41.

10) Ch. E. Weiße, Einleitung in das gemeine teutsche Privatrecht §. 44.

11) Grundsätze des gem. deutschen Privatrechts I. §. 27.

dann, ähnlich wie man von der Vernunft, dem Wesen der Dinge, der rerum natura spricht, das Vernunft- und Naturgemäße, den Verhältnissen allein Angemessene, — ohne eine nothwendige Beziehung auf das thatsächlich Bestehende[1]). In einer andern, schon mehr eigenthümlich juristischen Bedeutung wird unter der Natur der Sache das allgemeine Wesen der Rechtsverhältnisse in ihrer nothwendigen Entwickelung verstanden, so daß sie die allgemein gültige Substanz des positiven Rechts bildet, ohne besondere Beziehung auf die Eigenthümlichkeit und Selbständigkeit eines bestimmten, concret ausgebildeten nationalen Rechtslebens. In diesem Sinne spricht Zöpfl[2]) von einer juristischen Denklehre oder Logik, indem die allgemeine Natur des Consenses, des Vertrags, Schadenersatzes u. s. w. als Grundlage für die juristische Deduction gebraucht wird, — eine Methode, die namentlich von Hasse in seinen späteren Abhandlungen mit genialer Meisterschaft angewandt worden ist, und von ihm als freie Beherrschung des Rechtsstoffs bezeichnet wird[3]). — Endlich in einer dritten Bedeutung wird unter Natur der Sache das Princip verstanden, welches in den concret ausgebildeten Rechtsverhältnissen wirksam ist, so daß es mit ihnen zugleich gesetzt, sie beherrscht und daher auch, wenn es aufgedeckt und zum wissenschaftlichen Verständniß gebracht ist, als die rechtliche Norm erscheint, nach welcher, falls sonst keine positive Satzung vorhanden ist, die Rechtsverhältnisse beurtheilt werden müssen. In diesem Sinn ist die Natur der Sache schon von Pütter[4])

---

1) Vgl. Heffter, System des römischen und deutschen Civilprocesses §. 20. Note 34.

2) Ueber das Verhältniß des rationalen und nationalen Rechts, in der Zeitschrift für deutsches Recht IV. S. 107 ff. — Vgl. auch Stahl, Rechts- und Staatslehre I. S. 183. 184, der jedoch den Begriff der Natur der Sache enger faßt, und ihn dem τέλος der Rechtsverhältnisse, d. h. dem in ihnen wohnenden und in ihnen verwirklichten Trieb und Zweck der Natur entgegensetzt; a. a. O. S. 166 167. Dagegen wird S. 212. Note * τέλος nur als das Bedürfniß der Rechtsgeschäfte bezeichnet.

3) S. z. B. Rhein. Museum für Jurisprudenz III. S. 373.

4) An der oben §. 13. Note 7. citirten Stelle. Es sollen hier die Rechtsquellen angegeben werden, nach denen man deutsche Rechtsverhältnisse zu beurtheilen hat. Da heißt es denn: „Man forsche nach, wie es bisher in solchen Fällen gehalten worden. Man gehe, so viel möglich, bis auf den Ursprung, bis auf die erste Quelle der ganzen Sache zurück. Man denke über die Natur der Sache, über die Veranlassung ihres Gebrauchs, über die Gründe, die sich aus der Denkungsart oder der Verfassung der Nation herausbringen lassen, nach. So wird man ergiebige Quellen genug entdecken, um nicht unsicherer, als an geschriebenen Gesetzen, sich daran halten zu können" u. s. w. — Zuerst wird von Pütter also das Gewohnheitsrecht, die geschichtliche Methode hervorgehoben; das weitere aber bezieht sich auf eine Betrachtung der Rechtsverhältnisse in ihrer historisch-nationalen Be-

berücksichtigt worden; vor Allen aber hat sie J. F. Runde[5]) als wirksamstes Moment der germanistischen Methode hervorgehoben, worin ihm dann Andere gefolgt sind[6]), und namentlich hat Reyscher[7]) diese Lehre neu zu begründen und weiter zu führen gesucht, indem er mit Bestimmtheit die von der Vernunft und der Menschennatur gebotene Regel von der in den thatsächlichen Verhältnissen des nationalen Lebens ausgesprochenen unterscheidet, wenn er auch Beides unter demselben Ausdrucke zusammen faßt.

Soll nun angegeben werden, in welchem Verhältniß die Natur der Sache zu der Methode des deutschen Privatrechts steht, so wird es zuvörderst angemessen sein, den eigenthümlich juristischen Begriff von dem allgemeineren auszuscheiden. Es soll nicht in Abrede gestellt werden, daß es Rechtswahrheiten giebt, welche über die Grenzen der Nationalität hinaus wirksam, in der „Vernunft der Dinge" ihre tiefere Begründung haben, so daß sie der Betrachtung eines bestimmten, positiven Rechts nicht immer vollständig entnommen werden können; ebensowenig ist zu leugnen, daß jedes Nationalrecht wieder von allgemeinen Rechtsideen bestimmt und getragen wird, und daß es, je nachdem es ihnen mehr oder weniger entspricht, in allgemein menschlicher Beziehung seinen Werth und die höhere ihm zu Theil gewordene Weihe bekundet. Aber Fragen dieser Art kehren bei jeder wissenschaftlichen Rechtslehre wieder, und erheischen für ihre tiefere Auffassung einen Anhalt, den nur Philosophie und Geschichte gewähren können; die Anforderung dieses rationale Element, welches mit den nirgend zu entbehrenden Gesetzen der formalen

---

deutung. Wie aber daraus die Rechtsregel zu entnehmen und was der letzte Grund ihrer Gültigkeit sei, — darüber wird freilich keine Auskunft gegeben.

5) Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts (zuerst Göttingen 1791) §. 6. 80. — Daß Runde unter der Natur der Sache die aus den Rechtsverhältnissen abstrahirte Rechtsregel verstanden, und ihr unabhängig von der Sanction des Gesetzgebers und von dem Herkommen eine unmittelbare Gültigkeit beigelegt hat, geht aus den Worten des §. 80 unzweifelhaft hervor. Er verdunkelt nur den von ihm aufgestellten Begriff wieder, indem er zur Befestigung desselben auf das Vernunftrecht und die naturalis ratio der Römer sich beruft. Indessen war das Naturrecht vor Kant von einer solchen Abstraction des Rechts von den thatsächlichen Lebensverhältnissen nicht weit entfernt, s. Bornemann, systemat. Darstellung des preußischen Civilrechts (2. Ausg.) I. S. 22; und auf alle Fälle zeigt die Ausführung des Rundeschen Werkes, daß er den positiven Rechtsstoff wohl zu erfassen und zu handhaben wußte.

6) Posse, Abhandlungen einiger vorzüglichen Gegenstände des deutschen Staats- und Privatrechts Heft 1. Nr. 1. S. 46. — Schmolz, Lehrbuch des teutschen Privatrechts §. 38.

7) Zeitschrift für deutsches Recht I. S. 11—53. X. S. 153—180. — Vgl. das gesammte württemb. Privatrecht (2. Ausg.) §. 58. 59.

Logik nicht zu verwechseln ist, auch im Kreise der praktischen Jurisprudenz zu beachten, ist doch im Grunde nichts Anderes, als die Hinweisung auf die höhere Wissenschaftlichkeit, welche über die Empirie und die gewöhnliche verständige Betrachtungsweise hinaus zum wahren Wissen führt. Für eine besondere germanistische Methode läßt sich hieraus nichts Besonderes entnehmen, wenn man für sie nicht wieder auf den Standpunkt des älteren Naturrechts zurücktreten will. — Nicht anders verhält es sich aber mit der Natur der Sache in dem Sinn, daß darunter das allgemeine Wesen der Rechtsverhältnisse ohne Rücksicht auf ihre bestimmte, concrete Ausprägung verstanden wird. Die lebendige Anschauung von den rechtlichen Beziehungen der Menschen unter einander, wie sie sich zu bestimmten Einrichtungen zusammen schließen und für alle möglichen Gestaltungen im Rechtsleben der Völker den Grundstoff bilden, der wieder in den besonderen Erscheinungen seine eigenthümliche Färbung erhält, — diese Anschauung und die Kunst, sich der daraus abstrahirten Begriffe für die Rechtsentwickelung mit Leichtigkeit und Sicherheit zu bedienen, ist einer der größten Vorzüge einer gesunden Jurisprudenz, und führt, mit Mäßigung und mit Achtung vor der positiven Rechtsregel und den gegebenen Verhältnissen ausgeübt, zu den schönsten Resultaten. Aber eine solche freie Betrachtungsweise menschlicher Beziehungen kommt jeder Rechtslehre zu und darf nicht als etwas der germanistischen Methode Eigenthümliches in Anspruch genommen werden.

Es bleibt nur noch übrig, die Natur der Sache als das Wesen concreter, einem bestimmten Nationalleben angehöriger Rechtsverhältnisse zu betrachten. Hier ist aber die Frage zu beantworten, ob der Germanist aus dieser Natur der Verhältnisse ein Rechtsprincip abstrahiren, ob er unmittelbar aus dem factum das jus entnehmen kann, ohne daß dabei die Vermittlung einer andern Rechtsquelle nothwendig wird. Die Entwickelung des Rechts aus der Natur der Sache ist also in diesem Sinn keine Ableitung einer Rechtsregel aus einem Rechtsprincip; denn dieses letztere soll ja eben erst aufgefunden und begründet werden. Jene Frage läßt sich daher bestimmter so stellen: kann die Natur der Sache selbst als Rechtsquelle angesehen werden? Diejenigen nun, welche zur Feststellung der Natur der Sache die historische Forschung für nothwendig halten, und das gemeine deutsche Recht als Gewohnheitsrecht bezeichnen[8]), müssen die Frage verneinen; diejenigen aber, welche

[8]) Dies ist die Ansicht von Eichhorn (s. oben §. 13. Note 9) und von dem Herausgeber der 8. Aufl. des Rundeschen Lehrbuchs, der sie in dem §. 80 z. A. durch folgenden mit Klammern angedeuteten Zusatz ausspricht: „aus der [auf historischem Wege gefundenen und durch passende Anwendung genereller positiver

neben dem Gewohnheitsrecht eine selbständige Rechtsentwickelung aus der Natur der Sache gelten lassen[9]), rechnen sie dadurch zu den Rechtsquellen. Von diesen ist im folgenden Abschnitt zu handeln, und daselbst auch die hier aufgeworfene Frage wieder aufzunehmen und zur Erledigung zu bringen[10]); nur so viel ist im Allgemeinen zu bemerken, daß die Benutzung der Natur der Sache für die Rechtsentwickelung von den Germanisten zwar aufgebracht und besonders erwogen, aber ihnen nicht eigenthümlich geblieben ist. Namentlich die Processualisten haben sich ihnen hierin angeschlossen[11]).

§. 15.

Verhältniß der Methode zu den Rechtsquellen.

Fassen wir nun diese Erörterungen über die Methode des deutschen Privatrechts in ihrem Hauptresultate zusammen, so besteht dieses eben darin, daß es sich dabei nicht von einer besonderen Art der wissenschaftlichen Behandlung im Gegensatz zu andern Theilen der Jurisprudenz handelt, sondern daß die allgemeinen Grundsätze, welche für diese gelten, auch hier ihre Anwendung finden. Denn die Rechtsprincipien können nur aus den Rechtsquellen abgeleitet werden, und die juristische Methode als solche kann sie nicht schaffen, sondern muß sich damit begnügen, sie als begründet nachzuweisen und durch die consequente Entwickelung für die Rechtsanwendung fruchtbar zu machen. Das positive Recht aber ist seiner Entstehung nach zwiefacher Art: entweder ein geschriebenes, welches unmittelbar aus den Gesetzen abgeleitet werden kann, also seinen Inhalt durch die Auslegung derselben erhält, oder ein ungeschriebenes, in der Gewohnheit fixirtes, welches auf andere Weise erkundet werden muß. Das deutsche Privatrecht nun, wie das gemeine Recht überhaupt, ist im Wesentlichen ein ungeschriebenes: anstatt also für dessen Begründung die Lehre von den Rechtsquellen, welche namentlich in Beziehung auf das Gewohnheitsrecht von den Romanisten arg vernachlässigt war, zu revidiren, und durch deren richtige Benutzung den Stoff für die germanistische Jurisprudenz zu gewinnen, suchte man sich durch die

---

Rechtsgrundsätze bestimmten] Natur der Sache." — — Doch liegt in dem Zusatz auch eine Hinweisung auf die Rechtsanalogie.

9) S. oben Note 4—7.

10) S. unten §. 30. 31.

11) Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 11. — Bethmann-Hollweg, Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen Civilproceß (Berlin 1821) p. XXXIII. — Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses §. 24. — Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilproceß S. 3.

Entdeckung einer besonderen Methode zu helfen, welche unmöglich zu dem gewünschten Ziele führen konnte. Eine solche ist vielmehr nur insofern anzunehmen, als die eigenthümliche Lage, in der sich das einheimische Recht in Beziehung auf seine Quellen befindet, eine besondere Behandlung nöthig macht.

Das Nähere wird sich bei der Lehre von den Rechtsquellen, welche sogleich folgt, ergeben. Es ist nur vorläufig zu bemerken, daß eine allgemeine Erörterung derselben der genaueren Angabe der Quellen des deutschen Privatrechts vorausgeschickt ist; daß von diesen aber hier nur die des allgemeinen bürgerlichen Rechts angegeben sind, während die den Spezialrechten eigenthümlichen später bei dessen Darstellung aufgeführt werden sollen.

Zweiter Abschnitt.

Die Rechtsquellen.

Erstes Kapitel.

Die Rechtsquellen im Allgemeinen*).

§. 16.

Die Rechtserzeugung überhaupt.

Die tiefere Einsicht in das Wesen der menschlichen Dinge lehrt uns, daß es nicht einzelne, zufällige Ereignisse sind, welche den Gang der Geschichte, im Großen und Ganzen genommen, bestimmen: daß vielmehr in ihr Ideen wirksam sind, welche auf den der Menschheit verliehenen Trieben und Kräften beruhen, und sich ihrer innern Natur gemäß mit einer gewissen Nothwendigkeit offenbaren und verwirklichen müssen. In ihnen faßt sich die höhere Bestimmung der Menschheit zusammen, und die einzelnen Völker so gut wie die Individuen werden, bei aller Freiheit und Genialität der Persönlichkeit nach der ihnen von der Vorsehung angewiesenen Stellung von denselben erfaßt und in ihren Dienst gezogen. Denn auch die Völker in ihrer höheren, weltgeschichtlichen Bedeutung entbehren der Persönlichkeit nicht; im Kreise seines Volkes aber und indem er von diesem genährt und getragen wird, seine Zeit erfassend, wirkt der einzelne Mensch auf das Ganze ein. — Wer von einem solchen innern Zusammenhange in der Culturgeschichte überzeugt ist, für den wird es keiner weitläuftigen Beweisführung bedürfen,

*) v. Savigny, vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 2. Aufl. Heidelberg 1828. — Ders., System des heutigen römischen Rechts Bd. 1. Berlin 1840. — F. G. Puchta, das Gewohnheitsrecht 2. Th. Erlangen 1828. 1837. — G. Beseler, Volksrecht und Juristenrecht. Leipzig 1843. — F. J. Stahl, Rechts- und Staatslehre 1. Abth. (Heidelberg 1845) Buch 2. §. 13—19. — A. Trendelenburg, das Naturrecht auf dem Grunde der Ethik (2. Aufl. Leipzig 1868.) §. 48. 49. — E. R. Bierling, zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. Th. 1. Gotha 1877. — E. Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrthum (Archiv für civilist. Praxis. Bd. 66. Nr. XIII).

daß auch das Recht seinem ursprünglichen Wesen nach kein Product des Zufalls, der Willkühr oder der Weisheit ist; es ist mit der Menschheit selbst gesetzt, eine ursprüngliche, ihr von Gott verliehene, mit dem Staatstrieb untrennbar verbundene Kraft und Begabung, die wohl bei der Unvollkommenheit aller irdischen Dinge nicht rein und ungetrübt heraustreten und sich offenbaren kann, aber ihre Herkunft und ursprüngliche Natur auch nie ganz verleugnen wird. — Aber das Recht im Allgemeinen muß sich zur concreten Gestaltung herausbilden: das geschieht im Volke, dessen eigenthümliche Natur, Sitten und Bedürfnisse ihm sein eigenthümliches Gepräge geben; es verlangt ferner, damit es der Idee der Gerechtigkeit gemäß verwirklicht werde, die sichere Geltung, und diese gewährt ihm der Staat.

Die Rechtserzeugung ist daher ursprünglich eine unmittelbare, vom Volke selbst, — sei es als Ganzes oder nach seinen organischen Gliederungen — geübte Thätigkeit. Bildet sich aber in Zeiten höherer Cultur unter dem Volke ein besonderer Stand der Juristen aus, der sich mit dem Rechtswesen vorzugsweise beschäftigt, so wird derselbe regelmäßig auf die Rechtserzeugung einen selbständigen, bestimmenden Einfluß gewinnen, und soweit dieser reicht, das Volk in seiner unmittelbaren Thätigkeit ersetzen und vertreten. Aber auch der Staat, in welchem das Volk sich ein Organ seines Willens, eine Herrschaft bestellt hat, kann bei der Rechtserzeugung sich nicht gleichgültig verhalten, er nimmt selbst Theil daran, reinigend, ordnend, schaffend, — die Gesetzgebung macht sich geltend mit einer bewußten, auf bestimmte Ziele gerichteten Absicht, indem sie bald ein schon vorhandenes Bedürfniß befriedigt, bald vorschauend künftigen Lebensbeziehungen den Weg bahnt und sie hervorruft. So tritt neben dem Volksrecht das Juristenrecht und dazu das Gesetzesrecht auf, in welchen Bestandtheilen das gesammte Nationalrecht (oder Volksrecht im weiteren Sinn) enthalten ist, — seiner idealen Entfaltung nach von gleichem Werthe, mag es nun unmittelbar vom Volke, oder nur mittelbar in dessen Geist und Sinn von den es vertretenden Organen erzeugt sein. — Aber freilich lehrt die Geschichte, daß es nicht die Bestimmung menschlicher Einrichtungen ist, unbeirrt und ungestört von äußeren, feindlichen Einflüssen sich in naturgemäßer Weise vollkommen zu entwickeln. Die ganze Anlage und historische Ausbildung eines Volkes kann schon von der Art sein, daß es sich ein Recht schafft, welches an den höheren Anforderungen der Gerechtigkeit gemessen, diesen in wesentlichen Beziehungen nicht entspricht. Aber hier bleibt doch immer das volksthümliche Element gewahrt, und die Fehler pflegen auch bei edleren Völkern durch besondere Vorzüge wieder aufgewogen zu werden: dem starren, egoistischen Geiste des altrömischen Stadtrechts steht die Heilig-

keit, welche es dem jus quaesitum gewährt, ausgleichend zur Seite. Schlimmer ist ohne Zweifel die Lage der Dinge, wenn das Volk, an sich und seinem Rechte irre geworden, bei der weiteren Ausbildung desselben von äußeren, zufälligen Einflüssen sich bestimmen läßt: wenn es sich gedankenlos von der Gewohnheit beherrschen läßt, anstatt in ihr nur die durch die Dauer befestigte Aeußerung seines Rechtsbewußtseins anzuerkennen, oder wenn es gar, politisch zerfallen, von einem Juristenstande, der dem nationalen Geiste untreu geworden, oder von einer unfähigen, in legislativen Experimenten sich ergehenden Gesetzgebung um sein eigenstes, gutes Recht gebracht worden ist. Dann kann es, wenn das Volk sich aufrafft und besinnt, unabweislich werden, daß der ganze Rechtsstoff einem Läuterungsproceß unterworfen und durch die künstlerisch schaffende Hand des Gesetzgebers, der sich zum Organ des nationalen Strebens macht, zu einem festen, einheitlichen Ganzen umgebildet wird. Das ist die Codification, die sich aber von den allgemeinen geschichtlichen und nationalen Voraussetzungen keineswegs lossagen darf, und daher, richtig verstanden, mehr eine Umbildung und Fixirung des Rechtsstoffs, als eine Rechtserzeugung ist; wenigstens hängt es von den Umständen ab, wie viel Neues sie dem schon vorhandenen hinzuzufügen hat.

§. 17.

Begriff und Arten der Rechtsquellen.

Nach dem, was so eben über die Ausbildung des Rechts gesagt worden, ergiebt sich, daß dasselbe seinem Entstehungsgrunde nach auf zwei Hauptarten zurückgeführt werden kann. Entweder nämlich beruht es auf dem bestimmt ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers, oder es ist ohne dessen Zuthun im Volksleben selbst, sei es unmittelbar oder durch den Einfluß der Juristen, entstanden. Diese beiden Entstehungsgründe des Rechts nennt man die Rechtsquellen, und bezeichnet sie als Gesetz und Gewohnheit. Indessen giebt es auch, wenigstens im deutschen Recht, Normen, welche nicht von der gesetzgebenden Gewalt im Staate ausgegangen sind, und den Grund ihrer Geltung doch auch nicht in der Gewohnheit haben, sondern in dem zur Rechtserzeugung befugten Willen (der Autonomie) einer Corporation, welche sich ähnlich, wie die Gesetzgebung es thut, in einem bestimmten, die Rechtsregel constituirenden Act offenbart. Auf der andern Seite ist zu beachten, daß es bei dem Volks- und Juristenrecht nicht allein auf die Gewohnheit, sondern auch auf den Sinn und die Absicht der Uebung ankommt, und daß diese wieder in verschiedener Weise wirksam wird, so daß die dem Gesetze entsprechende Rechtsquelle in der Gewohnheit nicht vollständig und gleich-

mäßig enthalten ist. Zur allgemeinen Bezeichnung der verschiedenen Art der Rechtserzeugung ist daher ein anderer Ausdruck wünschenswerth, der die Gegensätze weniger scharf hervorhebt, und für die Classification der Rechtsquellen einen passenden Anhalt gewährt. Ein solcher ist auch im juristischen Sprachgebrauch vorhanden, indem man ein geschriebenes und ungeschriebenes Recht (jus scriptum und non scriptum) unterscheidet, ohne dabei jedoch, wenigstens für das deutsche Recht an den Wortsinn sich strenge zu halten. Geschriebenes Recht ist dasjenige, welches durch einen bestimmten, zur Rechtserzeugung befähigten Willensact hervorgerufen ist (Gesetz und autonomisches Statut), ungeschriebenes dagegen dasjenige, welches sich ohne eine solche Begründung im Volks- und Rechtsleben herausgebildet hat.

Unter den Rechtsquellen werden aber nur die Entstehungsgründe des Rechts im objectiven Sinne verstanden. Auch die Rechtsverhältnisse und die einzelnen Rechte bedürfen freilich eines bestimmten Titels, worauf sie beruhen, und wenn ein solcher in dem vertragsweise oder einseitig ausgesprochenen Willen der Betheiligten besteht, so hat er im Kreise seiner Wirksamkeit den Charakter einer bindenden Satzung, welche, soweit sie nicht durch eine Vorschrift des absolut geltenden öffentlichen Rechts beschränkt wird, zunächst die Norm für das Rechtsverhältniß und dessen rechtliche Beurtheilung gewährt. In diesem Sinn spricht man auch wohl von einem Gesetz des Vertrags (lex contractus); aber der Ausdruck wird doch nur in einem uneigentlichen Sinn gebraucht, weil eben keine Regel des Rechts zur Anwendung kommt, sondern nur eine vereinzelte, nach dem Inhalt des Vertrags, Testaments u. s. w. unter den Betheiligten wirksame Bestimmung. Es ist freilich oft schwierig, beide Begriffe mit voller Sicherheit aus einander zu halten, wie sich namentlich bei der Lehre von der Autonomie, der Observanz und den individuellen Privilegien zeigen wird, welche letzteren auch zu den Entstehungsgründen der Rechtsverhältnisse zu rechnen sind[1]); aber der Unterschied ist doch mit aller Entschiedenheit fest zu halten, damit nicht der isolirte Privatwille der öffentlichen Autorität und dem naturgemäß wirkenden Gesammtwillen gleichberechtigt zur Seite gestellt zu sein scheint[2]).

Hat man aber die Rechtsquellen auch nur auf das Recht im objectiven Sinn zu beziehen, so liegt doch darin eine Erweiterung des Begriffs, daß man darunter häufig nicht nur die Entstehungsgründe des

---

[1]) Vgl. v. Savigny, System des heutigen röm. Rechts I. §. 6.

[2]) v. Savigny a. a. O. S. 65. — v. Wächter, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts II. 1. §. 3. — Die entgegenstehende Ansicht ist besonders vertheidigt v. A. W. Götze, das Provinzialrecht der Altmark. (Magdeb. 1836) Vorrede. Vgl. unten §. 26.

Rechts, sondern auch die geschichtlichen Quellen der Rechtswissenschaft befaßt[3]). Streng genommen ist dies allerdings eine Ungenauigkeit des Ausdrucks; es kann aber auch ein tieferer Sinn damit verbunden werden, der namentlich für manche Partien des deutschen Rechts mit überraschender Wichtigkeit hervortritt. Unser nationales Recht hat sich nämlich in Folge trauriger politischer Einflüsse äußerlich zum Theil nur als particulares Recht in Geltung erhalten, so daß den Betheiligten das Bewußtsein der großen Rechtsgemeinschaft, worin sie stehen, nicht immer gegenwärtig ist. Da erscheint es nun als eine der höchsten Aufgaben der germanistischen Rechtswissenschaft, diesem scheinbar nur particularen Recht, soweit es wirklich noch den gemeinrechtlichen Charakter in sich trägt, die ihm zukommende Bedeutung zu vindiciren, und diese auch im Bewußtsein wiederzuerwecken. Dazu bedarf es aber einer besonderen wissenschaftlichen Operation, welche die Volksgewohnheit in den particularen Rechtsquellen sowie in den geschichtlichen Denkmälern und in den verwandten Rechten anderer Nationen nachweist, und so Hülfsmittel der Rechtserkenntniß, aus denen das gemeine Recht nicht unmittelbar abgeleitet werden kann, benutzt, um es als bestehend nachzuweisen und zur Geltung zu bringen. Hier fließen Quelle des Rechts und der Rechtswissenschaft beinahe zusammen, indem letztere jenes freilich nicht erzeugt, aber es doch in seiner wahren Natur aufdeckt und dem Gesammtbewußtsein der Nation wieder zuführt.

I. Das geschriebene Recht.

A. Das Gesetz.

§. 18.

Begriff und Eintheilung der Gesetze.

Gesetz als Quelle des positiven Rechts ist die von der höchsten Gewalt im Staate erlassene formelle Satzung, wodurch Rechtsregeln begründet, abgeändert oder aufgehoben werden. Der Begriff des Gesetzes setzt daher eine Staatsordnung voraus, in der ein verfassungsmäßiges Organ für die Rechtserzeugung, eine gesetzgebende Gewalt sich findet, welche den Gesammtwillen mit bindender Kraft auszusprechen befugt ist. Wer aber die Träger dieser Gewalt sind, ob die Centralgewalt in einem Bundesstaate oder die einheitlich organisirte Staatsgewalt, ob ferner eine demokratische Landesgemeinde, eine besondere Behörde oder ein Fürst in selbsteigner Berechtigung, beschränkt oder unbeschränkt, — das hängt von den Formen der einzelnen Staatsverfassungen ab; es muß nur immer

[3]) v. Savigny a. a. O. §. 6.

die höchste Gewalt im Staate sein, deren Wille an sich schon das Ganze vertritt und daher, um gültig zu sein, keiner höhern Sanction bedarf. Die gesetzgebende Gewalt ist also, abgesehen von der besonderen Verfassung eines Bundesstaates, ein Attribut der Souveränetät, welche in Deutschland, außer in den freien Städten, für den Bereich der Landesgesetzgebung den Fürsten zusteht, aber in den einzelnen Staaten an die Mitwirkung der Landesvertretung gebunden ist[1]). Die Reichsgesetzgebung dagegen wird von den dazu berufenen Organen der Reichsgewalt: dem Bundesrathe und dem Reichstage ausgeübt.

Aber gerade diese Mitwirkung der Volksvertretung bei der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt erheischt es, daß das Gebiet derselben genau bestimmt wird. Denn das eine Ziel, die Gesetzgebung nicht in eine vom Volksbewußtsein losgebundene Willkühr umschlagen zu lassen, und das Volk in seinen verfassungsmäßigen Vertretern bei dem das Recht setzenden Staatswillen unmittelbar zu betheiligen, darf doch nicht so einseitig verfolgt werden, daß dadurch die Kraft und Energie des Regiments, wie sie sich in der Verwaltung offenbaren sollen, gelähmt oder ganz gebrochen werden. Daher ist die Gesetzgebung nicht über ihren ursprünglichen Begriff auszudehnen, und nicht mit derjenigen Gewalt, welche auf Grund der Gesetze für ihre Handhabung und Vollziehung sorgt, zu vermischen. Dieser Gegensatz wird in einigen Verfassungsurkunden und der neueren Staatspraxis treffend mit den Ausdrücken: Gesetz und Verordnung bezeichnet, so daß erstere die mit den Ständen verabschiedeten Satzungen, letztere aber die vom Souverän oder dessen Behörden einseitig erlassenen Verfügungen begreifen[2]). — In früheren Zeiten, als die Theilnahme der Landstände an der Gesetzgebung keine so principielle Ausbildung erhalten hatte, und überhaupt die verschiedenen Attribute der Landeshoheit noch nicht so bestimmt auseinander gehalten wurden, wie in den modernen constitutionellen Verfassungen, brauchte

[1]) S. z. B. Preuß. Verfassungsurkunde v. 31. Jan. 1850. Art. 62. „Die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König und durch zwei Kammern (Häuser) ausgeübt. — Die Uebereinstimmung des Königs und beider Kammern ist zu jedem Gesetze erforderlich."

[2]) S. z. B. V. U. von Württemberg §. 88—91 und v. Wächter, Handbuch II. §. 5. Vgl. Haubold, Lehrbuch des Königlich Sächsischen Privatrechts (3. von Hänsel besorgte Ausg.) I. §. 29 a. E. — v. Rönne, Staatsrecht des deutschen Reichs I. S. 231. In Schleswig-Holstein wurden durchweg die Landesgesetze Verordnungen genannt: s. Falck, Schl. Holst. Privatrecht I. §. 142: andere Benennungen bei Paulsen, Lehrbuch des Privatrechts der Herzogthümer Schleswig, Holstein und Lauenburg (2. Aufl.) §. 5. — Eine besondere Stellung nehmen in einigen Verfassungen die königlichen Verordnungen mit Gesetzeskraft ein (s. g. oktroirte Verordnungen), welche aber nur unter bestimmten Voraussetzungen erlassen werden können und nur eine provisorische Geltung haben; s. Preuß. V. U. Art. 63.

man nach Form, Inhalt und Entstehungsart sehr verschiedene Bezeichnungen, ohne immer nur den Begriff des Gesetzes, der sich oft genug in eine Instruction an die Behörden auflöste, gehörig festzuhalten; ja man räumte sogar den im römischen Recht aufgestellten Bestimmungen einen gewissen Einfluß auf diese Lehre ein[3]). Die Namen wechselten dann aber wieder an sich und hinsichtlich ihrer Bedeutung in den verschiedenen Ländern, wie das auch noch in den meisten deutschen Staaten der Fall ist, so daß eine genauere Feststellung des Einzelnen nur den Particularrechten entnommen werden kann[4]).

Die Natur des Gesetzes bringt es nun mit sich, daß es maaßgebend ist für alle Rechtsverhältnisse, auf welche es nach dem Willen des Gesetzgebers bezogen werden soll[5]); nur durch diesen bekommt es seinen Inhalt und also auch den Gegenstand seiner Anwendung, der natürlich so verschieden sein kann und soweit reicht, als die Macht des Gesetzgebers sich erstreckt: nur in dem Mangel der äußern Erzwingbarkeit ist ihm seine Grenze gesetzt[6]). Doch macht sich auch hier der oben (§. 6.) behandelte Gegensatz zwischen dem öffentlichen (absoluten) und vermittelnden Recht geltend, dessen ungenaue Auffassung zu der unhaltbaren Eintheilung der Gesetze in gebietende, beziehungsweise verbietende und erlaubende (Präceptiv- und Permissiv- oder Dispositivgesetze) die Veranlassung gegeben hat[7]). Im Bundesstaate endlich, wo die Gesetzgebung unter der Centralgewalt und den Einzelstaaten vertheilt ist, sind die verfassungsmäßigen Bestimmungen über die Competenzverhältnisse maaßgebend[8]).

---

[3]) Die meisten Lehrbücher des römischen Rechts zeigen bei der Darstellung der Lehre von den Gesetzen und ihren verschiedenen Arten eine seltene Naivität; es ist v. Savigny's Verdienst, die Unanwendbarkeit der Vorschriften und der Staatspraxis des römischen Reichs für diesen Gegenstand bestimmt ausgesprochen zu haben; s. System I. §. 27.

[4]) Eine Musterkarte solcher Benennungen, wie sie früher in Sachsen vorkamen, s. bei Haubold a. a. O. §. 29. Hier finden sich: Ausschreiben, Patente, Generalien, Rescripte, Decrete, Landtags- und Ausschußtags-Abschiede, Decisionen, Ordnungen, Mandate, Constitutionen, Regulative, Edicte.

[5]) Die lex specialis, bei der es nur auf die Form ankommt, indem concrete, Rechtsverhältnisse durch die gesetzgebende Gewalt geordnet werden, ist hier nicht weiter zu berücksichtigen.

[6]) Diese Grenze der Gesetzgebung hat man staatsrechtlich zu formuliren gesucht; s. Zachariä, deutsches Staats- und Bundesrecht II. §. 156. — Ueber den Unterschied der Gesetze nach ihrem Gegenstande vgl. Günther in Weiske's Rechtslexicon s. v. Gesetz. Band IV. S. 696—700.

[7]) Vgl. Thibaut, System des Pandectenrechts (8. Aufl.) §. 24. — Reyscher, das gesammte Württembergische Privatrecht (2. Aufl.) I. §. 76. — Günther a. a. O. S. 695.

[8]) Vgl. R. V. Art. 4. „Der Beaufsichtigung des Reichs und der Gesetzgebung desselben unterliegen die nachstehenden Angelegenheiten: — — 13, die gemeinsame

§. 19.

Form der Gesetze.

Das Gesetz ist der den Einzelnen bindende Staatswille; aber es ist dies nur dann, wenn dieser Wille verfassungsmäßig zu Stande gekommen ist und in der gehörigen Form sich geäußert hat. In ersterer Beziehung genügt in der absoluten Monarchie die Entschließung des Souveräns, wenn auch eine gewisse Betheiligung der Behörden dabei vorgeschrieben sein kann; in der beschränkten Monarchie so wie in dem entsprechend geordneten Bundesstaate ist dagegen die Mitwirkung der Volksvertretung erforderlich[1]). Der Wille des Gesetzgebers kommt aber in sich zum Abschluß durch die Sanction des Gesetzes, welche vom Souverän ausgeht, jedoch fast allgemein die Contrasignatur oder Gegenzeichnung eines Ministers erheischt, und zwar in constitutionellen Staaten als Zeichen der Verantwortlichkeit[2]). — Aber auch wenn das Gesetz bereits sanctionirt ist, gilt es noch nicht als solches, ist noch nicht für bindend zu achten; dazu bedarf es einer bestimmten, formellen Aeußerung des gesetzgeberischen Willens, welche denselben allgemein bekannt macht und jeden Betheiligten in den Stand setzt, sich die Kunde des Gesetzes zu verschaffen. Das ist der Zweck und die Bedeutung der Veröffentzichung (Publication oder Promulgation)[3]), mit welcher das Gesetz als bestimmendes Moment in das Rechtsleben eintritt.

Ueber die Art und Weise, in welcher Gesetze zu veröffentlichen sind, giebt es im deutschen Recht keine allgemeine Regel; und selbst die einzelnen Particularrechte sind oft sehr ungenau in ihren Bestimmungen darüber[4]). Neben den vielleicht hie und da noch bewahrten alten Formen:

Gesetzgebung über das Obligationsrecht, Strafrecht, Handels- und Wechselrecht und das gerichtliche Verfahren." Vgl. R. G. vom 30. Dec. 1873. — Die zwischen Zachariä und Beseler über diese Competenzverhältnisse gewechselten Sendschreiben sind abgedruckt: H. A. Zachariä, zur Frage von der Reichscompetenz. Braunschweig 1871. Vgl. die Artikel von Otto Bähr und Beseler in den Preuß. Jahrbüchern 1871 (Juli und August).

1) Das Nähere gehört in das Staatsrecht.

2) Vgl. Zachariä, deutsches Staats- und Bundesrecht II. §. 161.

3) Manche haben, wohl von der Terminologie des französischen Rechts verleitet, die Promulgation von der Publication unterschieden, und sie bald als gleichbedeutend mit der Sanction des Gesetzes genommen (s. Reyscher, das gesammte württ. Privatrecht I. §. 64), oder darunter im Gegensatz zur Sanction den Befehl verstanden, dem anerkannten Gesetze Folge zu leisten: s. Weiß, System des deutschen Staatsrechts §. 303. — Gegen diese dem deutschen Sprachgebrauch nicht angemessene Auffassung s. Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht I. S. 57. — v. Wächter, Handbuch des württemb. Privatrechts II. §. 6. Note 2.

4) Selbst das Oesterr. Gesetzbuch §. 2 sagt nur ganz allgemein: „Sobald ein Gesetz gehörig kund gemacht worden ist, kann sich niemand damit entschuldigen,

Anschlag an öffentlichen Gebäuden, Verlesen von der Kanzel u. dgl. hat sich aber in neuerer Zeit immer allgemeiner die Benutzung der Presse zur Veröffentlichung der Gesetze geltend gemacht, und zwar durch eigens dazu bestimmte officielle Blätter. Dabei sollte es aber nicht an einer allgemeinen Vorschrift fehlen, ob das Gesetz vom Augenblick an, wo das officielle Blatt, in welchem es abgedruckt ist, ausgegeben wird, gelten soll, oder ob noch eine bestimmte Frist gestattet ist, in der sich die Betheiligten mit demselben bekannt machen können[5]). Es versteht sich aber von selbst, daß wenn der Anfang der Geltung eines bestimmten Gesetzes in diesem weiter hinausgeschoben wird, darnach das Nähere zu ermessen ist, und ebenso muß es sich verhalten, wenn die Frist verkürzt worden, obgleich man dazu nur in sehr dringenden Fällen schreiten wird.

Da nun aber die gehörige Publication eines Gesetzes ein wesentliches Erforderniß seiner Gültigkeit ist, es ohne dieselbe noch gar nicht besteht, (der Souverän würde es sogar bis dahin immer noch einseitig zurückziehen können, wenn er nicht den Ständen gegenüber es feierlich sanctionirt hätte), — so gehört auch die Kenntniß der Publication zur Gesetzkenntniß selbst. Der Richter muß sie sich also selbständig erwerben, kann sich etwa nur, wie bei der Erkundung des Gewohnheitsrechts, der Beihülfe der Parteien bedienen; an eine eigentliche Beweislast und eine civilproceßmäßige Beweisführung ist hier nicht zu denken[6]), und bei

---

daß ihm dasselbe nicht bekannt gemacht worden sei." Vgl. Unger, System des allg. österr. Privatrechts I. §. 3 und Baier. Landr. I. 1. §. 6.

5) Genaue Bestimmungen dieser Art hat zuerst Code civ. art. 1 gegeben; darnach ist das preußische Gesetz vom 3. April 1846 (G. S. Nr. 9) gebildet; vgl. auch K. Sächs. Gesetz vom 6. Sept. 1834 und Haubold, K. Sächs. Privatrecht (3. Aufl.) I. §. 30 a. E. — Die R. V. Art. 2 verfügt: „Die Reichsgesetze erhalten ihre verbindliche Kraft durch ihre Verkündigung von Reichswegen, welche vermittelst eines Reichsgesetzblattes geschieht. Sofern nicht in dem publizirten Gesetze ein anderer Anfangstermin seiner verbindlichen Kraft bestimmt ist, beginnt die letztere mit dem vierzehnten Tage nach dem Ablauf desjenigen Tages, an welchem das betreffende Stück des Reichsgesetzblattes in Berlin ausgegeben worden ist." — Damit stimmt jetzt das preuß. Gesetz v. 16. Febr. 1874, betreffend den Beginn der verbindlichen Kraft der durch die Gesetz-Sammlung verkündeten Gesetze, überein.

6) Civil-Pr.-O. §. 265. „Das in einem anderen Staate geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gerichte unbekannt sind. Bei Ermittelung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnißquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen." Vgl. Ortloff, Grundzüge eines Systems des teutschen Privatr. §. 26. Note 47. — Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts I. §. 3. — v. Vangerow, Leitfaden für Pandecten-Vorlesungen I. §. 12. Nr. 2. — Seuffert VIII. Nr. 226. — IX. Nr. 1. Die ältere Ansicht, daß die Publi-

älteren Erlassen, bei denen es namentlich zweifelhaft sein kann, ob sie publicirt worden, wird die Anwendung unter Umständen auch die Vermuthung der Veröffentlichung begründen. — Aber der Act der Publication ist nicht das einzige Moment, welches dem Gesetz seine officielle Bedeutung giebt, es muß vorher der zu veröffentlichende Wille auch verfassungsmäßig zu Stande gekommen sein. Erst Beides zusammengenommen: der Wille und dessen bestimmte Aeußerung machen das Gesetz. Daher muß dem Richter, welcher das Recht kennen und anwenden soll, auch die Prüfung freistehen, und beziehungsweise ist er dazu verpflichtet, ob der als Gesetz publicirte Wille auch wirklich der gültige Staatswille gewesen sei, also Recht habe schaffen können. Der Richter hat demnach auch zu untersuchen, ob ein vom Souverän einseitig erlassenes Gesetz der Mitwirkung der Landstände bedurft hätte, und nach dem Ergebniß dieser Prüfung hat er sich in judicando zu richten. Dem Einwurf, daß dadurch die richterliche Gewalt über den Souverän gestellt werde, steht entgegen, daß es sich hier immer nur um die Anwendung des Gesetzes auf einen einzelnen Fall handelt, und daß gegen das Erkenntniß der Gebrauch der Rechtsmittel, wie in allen andern Fällen, offen bleibt[7]).

§. 20.

Umfang und Maaß der Geltung des Gesetzes.

Das Gesetz hat von der Zeit an, wo es in Wirksamkeit tritt, eine absolute Geltung und ist soweit anzuwenden, als der Wille des Gesetzgebers und die Grenzen seiner Macht reichen. Daher gilt es

---

cation als ein Factum zu beweisen sei, wird noch vertheidigt von Thibaut, System I. §. 25.

[7]) Gegen die besonders von Linde (Archiv für civil. Praxis XVI. S. 305—82) und Bischoff (Zeitschrift für Civilr. und Proceß XVI. S. 235—97. 385—422. XVII. S. 104—44. 253—304. 448—64. XVIII. S. 129—60. 302—19) vertheidigte Ansicht, daß dem Richter eine solche Cognition nicht zustehe, s. Heffter, System des Civilprocesses §. 99. Note 9. — Puchta, Pandekten §. 15. — Wächter, Archiv für civil. Pr. XXIV. S. 238. Note 12 und Handbuch des Württ. Privatr. II. §. 7. — Reyscher, württ. Privatr. I. §. 63. Note 9. — Bluntschli, allgem. Staatsrecht I. S. 488. — Gneist, Gutachten in den Verhandlungen des vierten deutschen Juristentags (1863) I. S. 212 ff. — P. Roth, Bayr. Civilrecht I. §. 14. Indessen ist die Praxis der oberen deutschen Gerichtshöfe in der Entscheidung dieser Frage nicht ganz übereinstimmend, s. Seuffert IV. Nr. 250. — V. Nr. 225. XXVI. Nr. 99. (Kierulff, Sammlung V. S. 330 ff.) und die Preuß. V. U. Art. 106. bestimmt: „Gesetze und Verordnungen sind verbindlich, wenn sie in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form bekannt gemacht worden sind. — Die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter Königlicher Verordnungen steht nicht den Behörden, nur sondern den Kammern zu."

a) für alle Staatsbürger und für das gesammte Staatsgebiet, insofern es nicht dem Gegenstande oder der räumlichen Anwendung nach (als lex specialis oder particularis) beschränkt ist. Auch können Rechte, welche Auswärtigen durch Staatsverträge eingeräumt sind, und welche also unter dem Schutz des Völkerrechts stehen, durch die Landesgesetzgebung nicht einseitig aufgehoben werden[1]).

b) Das Gesetz wirkt absolut und hat nur in sich das Maaß seiner Geltung. Es muß daher, auch wenn es Rechte aufhebt und selbst wenn es Vermögensrechte verletzt, vollzogen werden, ohne daß deswegen eine Entschädigungsklage gegen den Fiscus zugelassen ist[2]). Doch wird eine weise und gerechte Gesetzgebung nicht ohne dringende, durch das Interesse der Gesammtheit gebotene Gründe einen Eingriff in Privatrechte sanctioniren, und falls ein nach Geldwerth schätzbarer Schaden damit verbunden ist, diesen wo möglich seinem vollen Werthe nach vergüten lassen[3]).

c) Auch die Rechtsverhältnisse des Souveräns und der Mitglieder des regierenden Hauses werden nach den Landesgesetzen beurtheilt, wenn sie auch in mancher Beziehung, namentlich was das Familienrecht betrifft, unter besonderen Regeln, dem s. g. Privatfürstenrecht, stehen[4]).

d) Eine Ausnahme von dem Gesetz kann im Allgemeinen nur durch dieselbe Gewalt, welche es erlassen hat, begründet werden, und wenn daher die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt nur unter Mitwirkung der Landesvertretung geschieht, so muß auch für die Ertheilung von

---

1) Vgl. Seuffert XIV. Nr. 1.

2) Kierulff, Theorie I. S. 59. — Zachariä, deutsches Staats- und Bundesr. II. §. 127. — Stahl, Rechts- und Staatslehre II. S. 468 ff. — Dies absolute Recht des Staats (jus eminens) folgt aus dem Wesen desselben in seiner modernen Gestaltung, nicht aber, wie ältere Publicisten annahmen, aus einem Obereigenthum des Staates (dominium eminens); s. Posse, über das Staatseigenthum (Rostock 1794) S. 10 ff. — Klüber, öffentl. Recht des deutschen Bundes §. 551. Note b. Ein Beispiel einer solchen gesetzlichen Aufhebung wohlerworbener Rechte ohne Entschädigung liefert der B. B. v. 23. Juni 1817 (Protokoll der Bundesvers. Bd. 3. S. 254) über die Aufhebung der Privatberechtigten zustehenden Nachsteuer.

3) Darauf beruhen die modernen Enteignungs- (Expropriations-) Gesetze, s. unten §. 90.

4) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 13. §. 17. „Rechtsangelegenheiten, welche die Personen- und Familienrechte des Landesherrn und seines Hauses betreffen, werden nach den Hausverfassungen und Verträgen bestimmt. — §. 18. Andere Privathandlungen und Geschäfte sind nach den Gesetzen des Landes zu beurtheilen." — Oesterr. Gesetzbuch §. 20. „Auch solche Rechtsgeschäfte, die das Oberhaupt des Staates betreffen, aber auf dessen Privat-Eigenthum, oder auf die in dem bürgerlichen Rechte gegründeten Erwerbungsarten sich beziehen, sind von den Gerichtsbehörden nach den Gesetzen zu beurtheilen."

Privilegien dieselbe Beschränkung gelten[5]). Doch kann dem Souverän das Recht zustehen, das Gesetz für einzelne Fälle außer Uebung zu setzen, worauf das Recht der Begnadigung und der Dispensation (relaxatio legis), z. B. von Eheverboten wegen gewisser Verwandtschaftsverhältnisse, beruht; vgl. unten §. 50.

§. 21.

Verbot der Rückwirkung neuer Gesetze[1]).

Dies Princip in seiner Allgemeinheit ohne alle Rücksicht auf das positive Recht aus allgemeinen Gründen nachweisen zu wollen, hat freilich seine Bedenken[2]); allein in einer angemessenen Beschränkung und namentlich auf den Kreis des Privatrechts angewandt, entspricht es doch durchaus dem Wesen des Gesetzes und dessen Beziehung zu den Rechtsverhältnissen. Denn wenn diese einmal unter der Herrschaft einer bestimmten Rechtsregel gültig entstanden sind, so wird man, wenn der Gesetzgeber die letztere später verändert, bei ihm nicht die Absicht annehmen dürfen, daß er nun auch zugleich die Rechtsverhältnisse, welche er sich einmal hat verwirklichen lassen, nach dem neuen Gesetze beurtheilt wissen will[3]). Jedenfalls ist das Princip in unser Rechtssystem übergegangen und daher in seiner positiven Geltung anzuerkennen. Schon das römische Recht

---

[5]) S. Zachariä, deutsches Staats- und Bundesr. II. §. 164 — Reyscher, das ges. württ. Privatr. I. §. 78. — v. Wächter, Handbuch des württ. Privatr. II. §. 22.

[1]) v. Savigny handelt im 8. Bande seines Systems des heutigen röm. Rechts von den örtlichen und zeitlichen Grenzen der Herrschaft der Rechtsregeln über die Rechtsverhältnisse, indem er unter diesen Rubriken die Lehre von der Collision coordinirter Rechtsquellen und von dem Verbot der Rückwirkung neuer Gesetze zusammenfaßt. Allein diese Bezeichnung schließt noch andere Rechtsfragen in sich, welche einer selbständigen Normirung bedürfen. Denn die örtlichen Grenzen der Rechtsregeln werden auch durch das Verhältniß zwischen dem gemeinen und particularen Recht bestimmt (s. v. Savigny a. a. O. S. 22), und die zeitlichen Grenzen nicht allein durch das Verbot der Rückwirkung beschränkt, sondern auch für die Zukunft durch die allgemeine Geltung neuer Gesetze und derogatorischer Gewohnheiten. Ich habe daher lieber die früher üblichen Bezeichnungen, welche bestimmte Rechtsinstitute genau hervorheben, beibehalten. Vgl. Bar, das internationale Privatrecht S. 7.

[2]) S. dagegen Kierulff, Theorie I. S. 64. — Schmid, die Herrschaft der Gesetze S. 111 ff.

[3]) v. Wächter, Handbuch des württ. Privatr. II. §. 29. — Unger, System des österr. allg. Privatr. I. S. 114, welcher jedoch den Rechtsgrund des Verbotes zu allgemein faßt, indem er die Bedeutung der Rechtsordnung den einzelnen Rechtsverhältnissen gegenüber, nicht in Anschlag bringt.

hat es aufgestellt[4]), das canonische Recht hat es sich angeeignet[5]), und auch in germanischen Rechtsquellen des Mittelalters ist es zur Anerkennung gelangt[6]). Das römische Recht ist aber in dieser Lehre in Folge ihrer speciellen Reception bei uns geltendes gemeines Recht geworden, und zwar nicht allein in Beziehung auf das Princip selbst, sondern auch rücksichtlich seiner Ausnahmen und Beschränkungen[7]). Auch die neueren Gesetzbücher stellen übereinstimmend den Grundsatz auf, daß die Gesetze keine rückwirkende Kraft haben[8]).

---

[4]) c. 7. C. de leg. (I. 14.) Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari: nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum est. Vgl. v. Savigny a. a. O. §. 386.

[5]) c. 2. 13. X. de const. (I. 2).

[6]) L. Burgund. tit. 109. — L. L. (Rotharis) cap. 388. — L. Wisigoth. lib. II. tit. 1. cap. 10. Die Bezugnahme auf ältere Gesetze nach dem Erlaß des Gesetzbuchs ist bei Strafe verboten. Illos tamen a dampno hujus legis immunes esse jubemus, qui praeteritas et anteriores leges non ad confutationem harum legum, sed ad comprobationem praeteritarum caussarum proferre in judicio fortasse voluerint. Diese Stelle läßt sich vielleicht auf das Verbot der rückwirkenden Kraft beziehen; jedenfalls gehört hierher Kaiser Ludwig's Baier. Landr. v. 1346. Art. 17. „Waz ain man oder ain frawe mit dem rechten behabt hat, e dez herrn puoch gemacht sey, demselben sol daz puoch und die geseczt, die herre geseczt hat, unschedlich seyn." — Art. 249 — „schwelich articel geminnert, oder gemert sint oder new erfunden sint, daz die nieman an seinem rechten dhainen schaden bringen süllen, daz er mit dem rechten erlangt hat — e daz puoch gemacht ist." Vgl. Franklin, Beiträge zur Geschichte der Reception des römischen Rechts S. 38.

[7]) Dies beweist die Dogmengeschichte, deren Ergebniß sich in den einzelnen Particularrechten wiederholt. S. z. B. Baier. Landrecht v. 1756. Th. I. Cap. 1. §. 8. und über Württemberg v. Wächter, Handbuch II. §. 29. a. E. — v. Savigny a. a. O. S. 395. stellt die Geltung des römischen Rechts in dieser Lehre in Abrede, ohne jedoch auf die Frage der speciellen Reception einzugehen.

[8]) Code civ. art. 2. La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif. — Pr. A. L. R. Einleitung. §. 14. „Neue Gesetze können auf schon vorher vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden. §. 15. Die von Seiten des Gesetzgebers nöthig befundene und gehörig publicirte Erklärung eines älteren Gesetzes aber giebt, in allen noch zu entscheidenden Rechtsfällen, den Ausschlag. §. 16. Soll nur die äußere Form einer Handlung geändert und diese Vorschrift bei allen noch abzuändern möglichen Handlungen beobachtet werden, so muß das Gesetz hiezu eine hinlängliche Frist bestimmt haben. §. 17. Frühere Handlungen, welche, wegen eines Mangels der Förmlichkeit, nach den alten Gesetzen ungültig sein würden, sind gültig, insofern nur die nach den neueren Gesetzen erforderlichen Förmlichkeiten, zur Zeit des darüber entstandenen Streits, dabei angetroffen werden." — Oesterr. Gesetzbuch §. 5. „Gesetze wirken nicht zurück, sie haben daher auf vorhergegangene Handlungen und auf vorher erworbene Rechte keinen Einfluß." — K. Sächs. Gesetzbuch §. 2. „Gesetze haben auf vorhergegangene Handlungen und vorher erworbene Rechte keinen Einfluß, wenn nicht

So einfach nun aber auch dies Princip in seiner allgemeinen Fassung sich ausnimmt, so bietet es doch bei der genaueren Untersuchung manche Schwierigkeit dar. Folgende Punkte sind für das Privatrecht besonders zu beachten[9]).

a) Das Verbot der rückwirkenden Kraft der Gesetze bezieht sich nur auf schon begründete Rechtsverhältnisse, deren Beurtheilung nach dem neuen Gesetze zu einer Verletzung wohlerworbener Rechte führen würde. Wohlerworbene Rechte (jura quaesita) sind aber solche, welche einer bestimmten natürlichen oder juristischen Person zustehen, und in Folge eines bestimmten Rechtsgrundes erworben sind[10]). Dadurch unterscheidet sich das wohlerworbene Recht von solchen, die in Folge einer Rechtsregel allen Staatsbürgern oder doch gewissen Klassen derselben zukommen; es unterscheidet sich ferner von solchen Zuständen, aus denen in Folge eines bestimmten Ereignisses ein Recht hervorgehen kann, ohne daß es schon geschehen ist. Ist dann ein Ereigniß dieser Art eingetreten, so macht es eben den Rechtsgrund des Erwerbes aus, und darauf bezieht es sich, wenn es heißt, daß neue Gesetze nicht auf schon vollendete Thatsachen (facta praeterita) zurückbezogen werden. Die Thatsache selbst, welche auf diese Weise in ihren rechtlichen Folgen geschützt wird, ist vermöge ihres Einflusses auf die Rechtsverhältnisse eine juristische (s. unten §. 48); sie ist aber nicht nothwendig ein Rechts-

---

etwas Anderes bestimmt oder nach dem Zwecke des Gesetzes anzunehmen ist. §. 3. Gesetze finden, soweit sie frühere Gesetze auslegen, auf alle noch nicht rechtskräftig entschiedene Fälle Anwendung, wenn nicht etwas Anderes bestimmt ist."

[9]) Vgl. A. D. Weber, über die Rückanwendung positiver Gesetze. Hannover 1811. — Fr. Bergmann, das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrecht. Hannover 1818. — v. Vangerow, Leitfaden I. §. 26. — Kierulff, Theorie I. S. 63—72. — v. Wächter, Handbuch II. §. 29—30. — v. Savigny, System des heutigen röm. Rechts VIII. S. 368—540. — Bornemann, Erörterungen im Gebiete des preuß. Rechts I. (Berlin 1855.) Nr. 1. — Unger, System des österr. allg. Privatrechts I. S. 113—49. — F. Lassalle, das System der erworbenen Rechte Th. I. A. u. d. T. Die Theorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze. 2. Aufl. Leipzig 1880. — R. Schmid, die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen. Jena 1863. — Stobbe, Handbuch I. §. 27. 28. — H. Göppert, Jahrbücher für die Dogmatik. XXII. Heft 1 u. 2 (Die Abhandlung ist aus dem Nachlaß des Verfassers herausgegeben von E. Eck).

[10]) Kierulff a. a. O. S. 68. — Zachariä, deutsches Staats- und Bundesrecht II. S. 111. — Stahl, Rechts- und Staatslehre II. S. 472. — Unger a. a. O. S. 119. fügt zu der Definition noch hinzu „oder mit einer Sache bereits verknüpft sind", allein die Sache kommt hier doch nur als Bestandtheil des Vermögens der berechtigten Person in Betracht. — Lassalle a. a. O. S. 61 erkennt nur solche Rechte als wohlerworbene an, welche durch individuelle Willensactionen erworben worden sind.

geschäft, sondern kann auch in freien Handlungen Dritter (z. B. Schadenszufügung) und selbst in einem zufälligen Ereignisse (z. B. Ablauf einer Zeit, Tod eines Menschen) bestehen. Im einzelnen Fall muß die juristische Analyse des vorliegenden Verhältnisses zur Entscheidung führen, welche z. B. das agnatische Lehenfolgerecht, die Anwartschaft auf ein Familienfideicommiß als ein wohlerworbenes Recht erkennen läßt, aber nicht den Erbanspruch auf ein deutsches Stammgut, bei welchem nur die gesetzliche Erbfolgeordnung abgeändert ist. Den Gegensatz zu dem wohlerworbenen Rechte bildet daher die Möglichkeit, die Hoffnung oder Erwartung ein Recht zu erwerben[11]).

b) Der Wille des Gesetzgebers ist absolut und hat nur in sich selbst das Maaß seiner Geltung, s. oben §. 20. Daher steht es in seinem Ermessen, die regelmäßigen Schranken der Rechtsordnung zu überschreiten, und im Interesse der Gesammtheit das wohlerworbene Recht der Einzelnen zu verletzen. Dies kann durch eine Zwangsenteignung geschehen; aber auch dann liegt ein solcher souveräner Willensact der Gesetzgebung vor, wenn einer neu begründeten Rechtsregel rückwirkende Kraft beigelegt wird. Dahin gehört jedoch nicht der Fall, wenn ein ganzes Rechtsinstitut aufgehoben wird, und zwar nicht nur in seiner abstracten Geltung, sondern mit Einschluß der dadurch begründeten Verhältnisse, indem z. B. Vorschriften über die Allodification der Lehen- und Fideicommißgüter, über die Aufhebung der Leibherrschaft, der Reallasten, der Zunft- und Bannrechte erlassen werden. Denn dann wendet sich das Gesetz direct gegen die wohlerworbenen Rechte, deren Abschaffung oder Umänderung eben das Hauptziel der Verfügung ist. Bestehen aber Zweifel, ob dem Gesetz diese absolute Wirkung hat beigelegt werden sollen, so ist sein wahrer Sinn nur auf dem Wege der Auslegung zu ermitteln, und dabei wird namentlich in Betracht zu ziehen sein, ob ein dringendes öffentliches Interesse in Betracht kommt oder der Zweck der Anordnung überhaupt nur so erreicht werden kann. Denn es lassen sich allerdings auch Verhältnisse denken, bei denen eine solche Verletzung wohlerworbener Rechte nicht indicirt ist und nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt erscheint, wie namentlich anzunehmen sein wird, wenn die Folgen des aufgehobenen Institutes, auch wenn sie aufrecht erhalten bleiben, ihrer Natur nach von nur vorübergehender Geltung sind, z. B. bei dem Verbote der Erbverträge, der wechselseitigen Testamente[12]).

---

[11]) Vgl. die Entscheidungen bei Seuffert IV. Nr. 200. IX. Nr. 244.

[12]) Zu weit geht v. Savigny a. a. O. S. 375 ff. 514 ff., wenn er die Rechtsregeln unterscheidet, je nachdem sie den Erwerb der Rechte zum Gegenstande haben, oder sich auf das Dasein der Rechte — das Sein oder Nichtsein und das So oder Anderssein — beziehen, und nun das Verbot der Rückwirkung nur für

c) Der Gesetzgeber kann einem Gesetze rückwirkende Kraft beilegen, — ausdrücklich oder nach dem Sinn seiner Anordnung[13]). Ist dies nun auch geschehen, so bleiben doch diejenigen Rechtsverhältnisse davon unberührt, welche durch Vergleich, Zahlung oder rechtskräftiges Urtheil erledigt, oder doch bereits in der Berufungsinstanz anhängig sind, — eine Vorschrift, welche zugleich mit der Ausnahme von dem allgemeinen Princip zu dessen Gunsten aus dem römischen Rechte entlehnt ist[14]), und schon deswegen, auch wenn sie sich nicht aus allgemeinen Gründen deduciren ließe[15]), für das heutige gemeine Recht gerechtfertigt erscheint. Es würde wenigstens eine specielle Aufhebung auch dieser, die Ausnahme beschränkenden Regel im Gesetz ausgesprochen sein müssen, wenn sie keine Anwendung finden sollte. Doch ist die moderne Gesetzgebung einer Beschränkung des Verbots der rückwirkenden Kraft der Gesetze keineswegs günstig, und so wird sie um so weniger zu einer so exorbitanten Maßregel, wie die eben angedeutete, schreiten mögen.

d) Authentische Interpretationen, welche in Gesetzesform erlassen werden, enthalten keine neue gesetzliche Regel, sondern bestimmen nur den richtigen Sinn der älteren; hier kann also von der Rückwirkung eines neuen Gesetzes eigentlich gar nicht die Rede sein, weil ein solches eben nicht vorliegt, der wahre Inhalt des Gesetzes vielmehr nur durch die, den Richter bindende Autorität des Gesetzgebers festgestellt wird[16]). Doch muß die neue Anordnung wirklich eine Auslegung enthalten, und sich nicht blos als eine solche ankündigen, denn sonst hat sie nur rückwirkende Kraft, wenn diese ihr ausdrücklich beigelegt ist. Auch findet die authentische Interpretation auf Rechtsverhältnisse, welche durch rechtskräftiges Urtheil oder auf gütlichem Wege erledigt sind, keine Anwen-

---

die erste Klasse gelten läßt. Gegen diese Ansicht, daß mit der Aufhebung des Rechtsinstituts auch die dadurch begründeten Rechtsverhältnisse schlechthin aufgehoben sein sollen, und daß hier der Auslegung kein Raum zu gewähren ist, haben sich auch die Meisten erklärt; vgl. Bornemann a. a. O. S. 7 ff. 29. — Unger a. a. O. S. 125. — Lassalle a. a. O. S. 13 ff. — Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechts I. §. 32.

13) Vgl. die Entscheidung bei Seuffert XII. Nr. 119.

14) C. Tanta (c. 2. C. de vetere jure enucl. I. 17) §. 23. — c. 22. §. 1. C. de S. S. eccl. (I. 2). — c. 17. C. de fide instr. (IV. 21). — Nov. 115. cap. 1. A. M. in Beziehung auf die Appellations= (und Berufungs=) Instanz Göppert a. a. O. S. 161.

15) S. darüber v. Vangerow a. a. O. S. 47. — v. Savigny a. a. O. S. 510.

16) Nov. 19. pr. — Nov. 143. A. M. ist Bremer, Jahrbuch des gemeinen Rechts II. Nr. 7, weil die authentische Interpretation keine zwingende Kraft habe, sondern nur eine Belehrung enthalte. Vgl. auch Bluhme, Encyclopädie Abth. I. §. 67. — Göppert a. a. O. S. 183 ff.

dung, weil es sich dabei wieder um den Schutz wohlerworbener Rechte handelt; wohl aber auf Sachen, die noch in der Berufungsinstanz anhängig sind[17]).

§. 22.

Folgen der Nichtbeachtung der Gesetze.

Wenn vorher das Princip aufgestellt worden ist, das Gesetz müsse unbedingt zur Anwendung gebracht werden, so bezieht sich das so ganz allgemein nur auf die Präceptivgesetze, welche ein Gebot oder Verbot enthalten, und überhaupt in die Sphäre des öffentlichen Rechts gehören. Für Dispositivgesetze, welche dem vermittelnden Rechte zugezählt werden müssen, hat jenes Princip nur eine beschränkte Geltung. Mit der Uebertretung von Präceptivgesetzen sind aber bestimmte rechtliche Nachtheile verbunden, welche, abgesehen von der Strafe, für das Privatrecht besonders in der Nichtigkeit der gesetzwidrigen Handlung bestehen[1]). Doch ist dies keine nothwendige Folge, da eine Uebertretung des Gesetzes nur mit einer Strafe belegt, das dadurch begründete Geschäft aber als gültig anerkannt werden kann[2]). Eine Handlungsweise aber, welche ohne den Buchstaben des Gesetzes zu verletzen, dessen klaren Sinn in trügerischer Absicht (in fraudem legis) zu umgehen sucht, wird als dem Gesetz direct widersprechend beurtheilt[3]); es sei denn, daß das Geschäft an sich erlaubt und nicht simulirt ist, und zugleich eine selbständige Rechtssphäre hat, welche von dem Gesetz, welches man vermeiden will, nicht berührt wird[4]).

Was nun die blos vermittelndes Recht enthaltenden Dispositivgesetze betrifft, so kommt es darauf an, ob nach dem Willen der Betheiligten eine Abweichung von der gesetzlichen Regel in gehöriger Weise beliebt

---

17) Pr. A. L. R. Einleitung §. 15. — „in allen noch zu entscheidenden Rechtsfällen" — (s. oben Note 8). — Windscheid a. a. O. §. 33.

1) c. 5. C. de legibus (I. 14); vgl. Seuffert II. Nr. 258.

2) Z. B. bei Contraventionen gegen Stempelgesetze. Man nennt dies wohl eine lex minus quam perfecta im Gegensatz zu der lex perfecta, die außer der Strafe Nichtigkeit der Handlung zur Folge hat: vgl. Göschen, Vorlesungen I. §. 18, wo auch der Begriff der s. g. lex imperfecta zu retten versucht wird. Es soll ein Gesetz sein, welches die rechtliche Wirkung eines Geschäftes nur durch eine Einrede entfernen läßt, z. B. beim SCtum Macedonianum.

3) L. 29. D. de leg. (I. 3). Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet: in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit. Vgl. c. 5. C. cit. und v. Savigny, System I. S. 324.

4) Z. B. Der Wechselstempel ist nicht für Anweisungen vorgeschrieben, und man wählt nun dieses Geschäft, um der Abgabe zu entgehen. Vgl. Falck, Handbuch des Schleswig-Holstein. Privatrechts I. §. 49.

worden ist oder nicht. Im ersteren Fall schließt die Privatwillkühr, so weit sie reicht, die Anwendung des Gesetzes aus, und von einer Strafe oder der Nichtigkeit der Handlung kann nicht die Rede sein; haben aber die Betheiligten von der ihnen gelassenen Freiheit keinen Gebrauch gemacht, so ist das Gesetz unbedingt zur Anwendung zu bringen. Das ist besonders für die Folgen des Rechtsirrthums von Wichtigkeit, — eine Lehre, die aber nach römischem Recht zu beurtheilen ist[5]). Für das deutsche Privatrecht sind etwa nur folgende Punkte hervorzuheben.

a) Daß der Rechtsirrthum für unser heutiges Recht eher entschuldbar zu sein scheint, als er es bei den Rechtszuständen der Römer war, ist schon bemerkt und aus der gelehrten Färbung unseres gemeinen Rechts und der größeren Bedeutung des particularen hergeleitet worden[6]). In letzterer Beziehung kommt noch hinzu, daß die neueren Gesetze, selbst die Strafgesetze, oft einen Charakter an sich tragen, der sie mehr als Instructionen für die Richter, denn als Satzungen für das Volk erscheinen läßt. Dessenungeachtet ist es nicht richtig, wenn der Irrthum über das particuläre Recht eher entschuldigt werden soll, als der über das gemeine. Für die Juristen mag dies wohl in mancher Hinsicht begründet sein; aber es handelt sich hier doch nicht zunächst um deren Rechtskunde, sondern um die des übrigen Volkes, und dieses wird in seinem besonderen Recht noch eher zu Hause sein als in dem gemeinen, und zwar, je enger das Gebiet der Rechtsregel ist, desto mehr. Nur für fremdes Recht, wozu unter Umständen auch das einer andern Provinz zu achten, wird die Sache sich anders stellen. Im Allgemeinen darf man sich darüber keiner Täuschung überlassen, daß die Zumuthung, welche an alle Staatsbürger gemacht wird, das Recht zu kennen, so daß ein Irrthum darin regelmäßig nicht entschuldigt wird, bei unsern heutigen Rechtszuständen in Deutschland *auf einer Fiction* beruht[7]).

---

[5]) Die Lehre ist freilich sehr controvers: s. vorzüglich *Mühlenbruch* im Archiv für civ. Pr. II. 361—451. — v. *Savigny*, System III. §. 115 und Beilage VIII. — v. *Wächter*, Handbuch des württ. Privatrechts II. §. 21.

[6]) v. *Savigny* a. a. O. S. 336 ff.

[7]) Die neueren Gesetzbücher konnten ihrer Bestimmung nach schon eher eine allgemeine Rechtskenntniß verlangen, obgleich auch in ihrer Sphäre die Fiction nicht beseitigt ist, — und wohl überhaupt bei einer gewissen Ausbildung der socialen Zustände nicht *ganz* beseitigt werden kann. Vgl. Pr. A. L. R. Einleitung §. 12. „Es ist aber auch ein jeder Einwohner des Staates sich um die Gesetze, welche ihn oder sein Gewerbe und seine Handlungen betreffen, genau zu erkundigen gehalten; und es kann sich Niemand mit der Unwissenheit eines gehörig publicirten Gesetzes entschuldigen." — *Oesterr. Gesetzbuch* §. 2. „Sobald ein Gesetz gehörig kund gemacht worden ist, kann sich Niemand damit entschuldigen, daß ihm dasselbe nicht bekannt geworden sei.„

b) Die rusticitas, welche nach römischem Recht in gewissen Fällen einen Rechtsirrthum entschuldigt, ist nicht auf den Stand der Bauern, sondern auf die Unbildung roher Menschen zu beziehen[8]).

c) Die Bevorzugung des Soldatenstandes bei der Beurtheilung des Rechtsirrthums kann nach heutigem Recht nicht als praktisch gelten, da sie mit besonderen römischen Staatseinrichtungen zusammenhängt. Ueber das Soldatentestament s. unten §. 146.

d) Minderjährige und Frauen stehen unter den Regeln des römischen Rechts.

§. 23.

Aufhebung und Umänderung der Gesetze.

Gesetze, die einmal gültig erlassen sind, bleiben so lange in Wirksamkeit, bis sie in rechtsverbindlicher Weise wieder aufgehoben oder umgeändert werden. Das kann aber geschehen durch eine dem Gesetz entgegentretende Gewohnheit (desuetudo, Entwöhnung), wovon später zu handeln ist, und durch die Gesetzgebung selbst[1]). In letzterer Beziehung ist zu unterscheiden:

a) Es ist in dem betreffenden Gesetze selbst der Grund seiner Aufhebung oder Umänderung gegeben. Letzteres wird nicht leicht der Fall sein; Ersteres aber findet statt, wenn das Gesetz nur für eine bestimmte Zeit, z. B. bis zu einem gewissen Datum, während eines Krieges, oder für bestimmte Rechtsverhältnisse[2]), oder für einen bestimmten Zweck erlassen worden, und nun die Zeit abgelaufen, der Gegenstand weggefallen oder der Zweck erreicht worden ist. Es kommen hier besonders die s. g. transitorischen Gesetze in Betracht, welche erlassen werden, um bei wichtigen Aenderungen in der Gesetzgebung den Uebergang in die neue Ordnung der Dinge zu vermitteln, z. B. bei Erlassung neuer Gesetzbücher, Hypothekenordnungen u. s. w. Wenn es dabei auch zunächst auf Erreichung eines vorübergehenden Zweckes ankommt, so pflegt doch auch das zweite so eben hervorgehobene Moment, nämlich die Rücksicht auf bestimmte Rechtsverhältnisse, z. B. die nach dem ältern Recht entstandenen Hypotheken, dabei einzuwirken, und es kann selbst die Abwickelung der-

---

[8]) Mühlenbruch a. a. O. S. 446 ff. — v. Savigny a. a. O. S. 436. — Seuffert III. Nr. 142.

[1]) Thibaut, System §. 39—41. Civil. Abhandlungen Nr. VII. S. 108—30. — v. Wächter a. a. O. §. 27. 28. — Unger, österr. Privatr. I. §. 15. 16.

[2]) Die Vorschriften des J. R. A. von 1654 über Zinsen z. B. bezogen sich größtentheils nur auf die während der voraufgegangenen Kriegsjahre contrahirten Schuldverbindlichkeiten.

selben und die Fixirung des neuen Rechtszustandes, — also die Geltung des ganzen transitorischen Gesetzes bis auf einen bestimmten Termin angeordnet werden. — Es ist übrigens einerlei, ob ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen worden, daß es nur für Rechtsverhältnisse, deren Erlöschen sich bestimmt voraussehen läßt, gelten soll, oder ob ohne eine solche Vorschrift ein Gesetz dadurch beseitigt wird, daß es den Gegenstand seiner Anwendung verliert. Nur liegt hier der Grund der Aufhebung nicht im Gesetze, sondern in der außerhalb desselben wirkenden Macht der Lebensverhältnisse und, wenn neue Normen ohne Beihülfe der Gesetzgebung an die Stelle der alten treten, des Gewohnheitsrechts [3]). — Mit dieser Aufhebung des Gesetzes wegen mangelnden Gegenstandes ist aber eine vielfach aufgestellte und mißbrauchte Regel nicht zu verwechseln, daß nämlich, wenn der Grund des Gesetzes wegfalle, dieses selbst zu gelten aufhöre. (Cessante legis ratione cessat lex ipsa.) Dies hat man oft so aufgefaßt, als ob unter ratio die Motive des Gesetzgebers zu verstehen seien, und ein Gesetz nicht mehr für anwendbar zu halten, wenn angenommen werden dürfe, daß es unter den veränderten Umständen nicht erlassen wäre, auch wenn in demselben für die Dauer der Geltung darauf gar keine Rücksicht genommen ist. Der Wille des Gesetzgebers wird aber durch eine solche Auffassung in seiner Wirksamkeit leicht einer ebenso unbefugten Beschränkung unterworfen, wie der Wille der Contrahenten bei Anwendung der so oft mißbrauchten Regel: Rebus sic stantibus in Beziehung auf die Beurtheilung der Verträge.

b) Ein Gesetz wird aufgehoben oder umgeändert durch ein neues Gesetz. Dieses letztere ist dann absolut maßgebend und entscheidet auch, ob und inwieweit das ältere noch fort bestehen soll, — einerlei, ob es sich ausdrücklich als eine Umänderung des früheren Rechtszustandes ankündigt, oder ob dies nur aus dem Inhalte des neueren Gesetzes von selbst folgt, und im ersteren Fall, ob die s. g. derogatorische Clausel dem neuen Gesetz ausdrücklich einverleibt worden oder nicht. Es kommen hier die gewöhnlichen Regeln über die Auslegung der Gesetze zur Anwendung, und namentlich der Grundsatz, daß die verschiedenen Vor-

[3]) So würden auch ohne das Strafgesetzbuch die Bestimmungen älterer Gesetze über die Bestrafung der Zauberei nicht mehr anwendbar sein, weil wir das Verbrechen im früheren Sinn nicht mehr kennen, wenn auch eine Handlung, welche man früher als Zauberei ansah, auch jetzt noch als Betrug strafbar sein kann. — Wunderlich ist die Ansicht mancher Romanisten, von der sich auch Wächter nicht freigehalten hat, als seien gewisse Vorschriften des römischen Rechts außer Uebung gekommen, weil ihr Gegenstand nicht mehr existirt. Solche Vorschriften sind eben bei uns nicht recipirt worden; die erwähnte Auffassung würde sich aber nur da rechtfertigen, wo das römische Recht von jeher gegolten hat.

schriften, welche sich in einem Rechtssysteme finden, unter einander möglichst in Einklang zu bringen sind. Im Einzelnen ist noch Folgendes zu bemerken:

1. Es wird an die Stelle eines älteren Rechtsinstituts ein neues gesetzt, und das ältere zugleich mit den Ausnahmen, welche von dessen Princip galten, aufgehoben. Dies tritt nicht nur dann ein, wenn die Ausnahmen von dem älteren Institut ausdrücklich für aufgehoben erklärt oder nur einige derselben (und zwar nicht blos beispielsweise) in ihrer Geltung bestätigt sind, sondern auch dann, wenn das neue Princip, mit dem jene Ausnahmen unvereinbarlich sind, sich als absolut wirksam ankündigt[4]).

2. An die Stelle des älteren Instituts wird ein neues gesetzt, ohne daß dasselbe als absolut geltend angekündigt wird. Dann fallen alle Folgesätze, die auf dem früheren Princip beruhten, weg, und wenn der eine oder der andere ausdrücklich beibehalten worden, so sind sie doch streng zu interpretiren. Aber die Ausnahmen von dem älteren Princip bleiben bestehen, weil sie eben auf einem besondern Grunde beruhen, der dadurch nicht erschüttert wird, daß der ihm entgegengesetzte allgemeine Grund aufgehoben worden ist[5]).

---

[4]) Z. B. mit der Formel: es soll in allen Fällen zur Anwendung kommen. — Mit Recht hat Wächter hier vom Rechtsinstitute, und nicht blos von der Rechtsregel gehandelt; ebenso ist ihm nur beizustimmen, wenn er sich (a. a. O. S. 164. Note 6) gegen Thibaut für die absolute Wirkung einer absolut gefaßten Vorschrift erklärt. Die hier bestrittene Ansicht beruht auf dem Fehlschluß: „Das Unbestimmte gilt als absolut, folglich kann auch im Zweifel das Absolute nicht mehr wirken, als das Unbestimmte." Thibaut, civilist. Abhandl. S. 127, ist durch den Zusatz: im Zweifel und dadurch, daß er neben einander stehende Stellen des römischen Rechts als Gesetze, welche der Zeit nach verschieden sind, aufgefaßt hat, zu seiner irrthümlichen Ansicht gekommen. — Falck, Handbuch des Schlesw. Holst. Privatrechts I. §. 50. unterscheidet zwischen Particularrechten und solchen, welche den Charakter von Privilegien haben. Allein insofern letztere anomalisches Recht enthalten, ohne Grund, während die individuellen Privilegen nicht unter den Begriff der Rechtsquellen, sondern der Entstehungsgründe des Rechts im subjectiven Sinn fallen, also nicht hierher gehören.

[5]) Z.B. das Ende der Minderjährigkeit wird vom vollendeten 25. Jahre auf das vollendete 24. Jahr heruntergesetzt. Dann fällt für Diejenigen, welche sich zwischen dem 24. und 25. Jahre befinden, auch die Rechtswohlthat der Restitution weg; war aber etwa der Adel nach dem älteren Recht insofern bevorzugt, daß er schon mit dem vollendeten 21. Jahre großjährig ward, so bleibt unter den im Text angenommenen Voraussetzungen diese Ausnahme bestehen. — Doch darf man in solchen Fällen auch nicht zu einseitig verfahren, und muß das ganze Verhältniß berücksichtigen. War z. B. der ursprüngliche Termin das vollendete 25. Jahr, der Adel nur um 1 Jahr bevorzugt, und nach dem neuen Gesetz tritt die Großjährig-

§. 24.

Von der Auslegung der Gesetze.

Die Schwierigkeit dieser Lehre, welche man zum Gegenstand einer eigenen wissenschaftlichen Disciplin, der s. g. Hermeneutik des Rechts gemacht hat, liegt weniger in ihr selbst, als in den Irrthümern, welche sich dabei eingeschlichen haben. Diese aber erklären sich zum Theil aus dem Umstande, daß man Justinian's Sammlung als ein deutsches Gesetzbuch ansah und behandeln wollte, und um diese Ansicht praktisch durchzuführen, genöthigt war, Mittel zu ersinnen, durch deren Anwendung man des oft ungefügigen Materials besser Herr zu werden hoffen durfte[1]). Dazu kam die in vielen Lehren principielle Abweichung zwischen dem einheimischen und fremden Rechte, welche, um nur zu einer äußern Vereinigung zu gelangen, an eine rauhe Behandlung des positiven Rechtsstoffs gewöhnte, und ferner die Unvollkommenheit der deutschen Gesetzgebung sowohl in formeller als auch in materieller Beziehung, besonders seit dem Ende des 16. Jahrhunderts, wodurch die Achtung vor dem Wort des Gesetzgebers, welche sonst bei allen wahren Rechtsvölkern so groß ist, geschwächt werden mußte. Wir hatten eben keine Nationalgesetzgebung. Wenn es nun auch nicht zu leugnen ist, daß die laxen Grundsätze über die Auslegung der Gesetze in der deutschen Jurisprudenz wesentlich dazu beigetragen haben, den Rechtszustand der letzten Jahrhunderte überhaupt möglich und beziehungsweise erträglich zu machen, so sind doch gegenwärtig für die Rechtsentwickelung andere und gesundere Kräfte gewonnen, und jedenfalls darf ein Verfahren, auch wenn es unter Umständen von wohlthätigem Einfluß sein kann, der wissenschaftlichen Beurtheilung gegenüber deswegen auf keine größere Schonung Anspruch machen. — Uebrigens ist gerade in neuester Zeit für die bessere Behandlung dieser Lehre Vieles geschehen; hier sollen nur die Hauptpunkte mit besonderer Rücksichtsnahme auf die deutschrechtliche Seite unserer

---

keit schon mit dem vollendeten 21. Jahre ein, so ist anzunehmen, daß auch der Adel, der ja nicht statt des Vorzugs einen Nachtheil bekommen soll, gleichfalls davon erfaßt wird.

[1]) Man höre nur, wie Glück, Pandecten-Commentar I. S. 206. sich hierüber äußert: „Es ist ein Uebel, sagt einer unserer teutschen Rechtsgelehrten, wenn die Gesetze einer Erklärung bedürfen. Die Gesetze sollten keiner Rechtsklügeley ausgesetzt sein." Dies kann wohl freilich nicht geleugnet werden, allein da die meisten unserer Gesetze für ganz andere Zeiten, Sitten und Umstände gegeben sind, so müssen wir sie, sollen sie zur Richtschnur dienen, durch eine vernünftige Auslegung auch noch für unsere Zeiten anwendbar zu machen suchen."

Jurisprudenz hervorgehoben werden, ohne daß die allgemeinen Regeln der Logik und einer gesunden Exegese ihre Wiederholung finden[2]).

§. 25.

Von der Auslegung der Gesetze. (Fortsetzung.)

a) Die Aufgabe der Auslegung ist, den im Gesetz ausgesprochenen und festgestellten Willen des Gesetzgebers nachzuweisen, — also nicht Rechtsentwickelung, interpretatio im Sinne der römischen Juristen[1]). Es soll der Inhalt des Gesetzes, der in ihm wohnende Sinn und Gedanke dargelegt werden, so wie er vom Gesetzgeber gefaßt und publicirt ist. Dabei kommt es im Allgemeinen nicht darauf an, ob die Auslegung für wissenschaftliche oder praktische Zwecke thätig ist; nur erscheint, wenn ein Gesetz nur als mittelbare Quelle für die wissenschaftliche Construction des gemeinen Rechts dienen soll, bei der Benutzung seines Inhalts eine größere Freiheit zulässig, als wenn es sich um die unmittelbare Anwendung einer noch geltenden Satzung handelt[2]). Doch ist dies für die Herstellung des ursprünglichen Sinns des Gesetzes natürlich ohne Einfluß.

b) Zweifel über die Echtheit des Textes dürfen nicht bestehen, wenn das Gesetz überhaupt gelten soll; diese sowohl wie die Zweifel über die Richtigkeit einzelner Ausdrücke hat die Kritik zu entfernen[3]).

c) Zunächst kommt es also bei der Auslegung auf die Worte des Gesetzes an, und zwar in ihrem Zusammenhange, wobei für die genauere Feststellung des Sinns zwischen den Worten, welche die eigentliche Vor-

---

[2]) Im Allgemeinen ist zu vergleichen Ch. H. Eckhardi Hermeneutica juris, Lips. 1750. edit. III. cur. C. W. Walch. 1802. — Thibaut, Theorie der logischen Auslegung 2. Ausg. Altona 1806. und System des Pandectenrechts I. §. 43—54. — Mühlenbruch, doctrina pand. I. §. 54—67. — Kierulff, Theorie I. S. 25—37. — v. Vangerow, Leitfaden I. §. 22—24. — Unger, österr. Privatr. I. §. 12—14. — Burchardi, die Wissenschaft und Kunst der Rechtsfindung. Kiel 1869; — besonders aber v. Savigny, System I. S. 206 —330., der auch a. a. O. §. 49 nachgewiesen hat, daß die römischen Vorschriften über diese Lehre bei uns im Allgemeinen nicht gelten.

[1]) v. Savigny a. a. O. S. 298. Note d. — Im Sinn der Römer hat Kierulff a. a. O. die juristische Interpretation behandelt.

[2]) S. oben §. 17 a. E.

[3]) Für ältere Gesetze kann die Urkundenlehre, ars diplomatica, von Wichtigkeit werden, bei neueren entscheidet natürlich unbedingt der officielle, zur Veröffentlichung gebrachte Text, falls nicht Schreib- oder Druckfehler darin nachgewiesen werden können, deren schleunige Berichtigung sich übrigens die Staatsregierungen werden angelegen sein lassen. Vgl. v. Wächter, Handbuch des württemb. Privatr. II. §. 26.

schrift enthalten (verba dispositiva) und solchen, welche diese nur einleiten und motiviren (verba enunciativa), zu unterscheiden ist. Der einzelne Ausdruck muß aber bald im engern, bald im weitern Sinn, bald nach dem gemeinen Sprachgebrauch, bald als Kunstausdruck oder in einer provinciellen Bedeutung genommen werden.

d) Wenn man sich nun allein an die Worte des Gesetzes hält, um dessen Sinn festzustellen, so nennt man das grammatische Auslegung; allein diese reicht häufig nicht aus, wie sie denn natürlich nie in der Art geübt werden darf, daß man, ohne auf den Sinn des Gesetzes einzugehen, blos den todten Wortlaut desselben sich zum Verständniß bringt. Im Gegensatz von der grammatischen Interpretation pflegt man aber von einer logischen zu sprechen, bei welcher die Worte des Gesetzes nach seinem Sinn gedeutet werden, und zwar entweder nur erklärend oder ausdehnend oder beschränkend (interpretatio declarativa, extensiva, restrictiva). Allein mit der ganzen Unterscheidung zwischen einer grammatischen und logischen Interpretation kann, richtig verstanden, nichts Anderes gemeint sein, als daß je nach der Beschaffenheit des Gesetzes, ein größerer oder geringerer Aufwand wissenschaftlicher Energie erforderlich ist, um es genügend auszulegen und richtig zu verstehen. Es ist nicht allein der mangelhafte Ausdruck und überhaupt die unvollkommene Form, wodurch solche Schwierigkeiten veranlaßt werden, sondern auch die historische Umgebung eines Gesetzes, besonders eines älteren, und die Beschaffenheit der Rechtsverhältnisse, auf welche es sich bezieht, können dem Verständniß des an sich gut gefaßten Gesetzes manches Hinderniß bereiten. Dabei kommen als Hülfsmittel für die Auslegung besonders in Betracht:

1. Die Beachtung des innern Zusammenhangs des Gesetzes selbst, die logische Verknüpfung seiner einzelnen Bestandtheile, woraus sich, bei zweideutiger und unbestimmter Ausdrucksweise, oft mit Sicherheit der Wille des Gesetzgebers entnehmen läßt.

2. Die Rechtsgeschichte, welche nachweist, unter welchen thatsächlichen Voraussetzungen das Gesetz zu Stande gekommen und seine Fassung erhalten hat, — kurz die Entstehungsgeschichte und ganze Umgebung desselben darlegt. In dieser Hinsicht ist es namentlich für die Auslegung der Particularrechte so wichtig zu wissen, welcher Zeit sie angehören, von welchem Stammesrecht sie ausgegangen, welchen Quellen sie entnommen sind, ob Statute namentlich auf ein bestimmtes Mutterrecht zurückgeführt werden können u. s. w. — Ein solches historisches Moment für die Auslegung kann ein Gesetz auch selbst enthalten, indem es die Veranlassung, welche es hervorgerufen, und die Absicht, welche man damit gehabt hat, angiebt; doch ist es von derselben Bedeutung, wenn der

Nachweis solcher Momente anderweitig auf eine überzeugende Art geführt werden kann. Hierher gehören auch namentlich die der Publication des Gesetzes voraufgehenden Verhandlungen, namentlich die landständischen in constitutionellen Staaten[4]). Doch muß man sich wohl hüten, diesem an sich freilich sehr wichtigen Material eine größere Bedeutung beizulegen, als einem wissenschaftlichen Hülfsmittel für die Auslegung zukommt, und darin namentlich eine gesetzliche Autorität zu finden[5]). Denn der entscheidende Punkt, welcher dem Gesetz seine eigentliche Natur giebt, ist die Sanction, beziehungsweise die Publication; alles Frühere hat nur den Charakter der Vorbereitung, und kann, wenn in dem Gesetz selbst oder bei der Veröffentlichung darauf keine bestimmte Rücksicht genommen wird, auch nicht mit Gesetzeskraft versehen sein.

3. Nicht weniger wichtig als die Kenntniß der Rechtsgeschichte, ist die der Rechtsverhältnisse, worauf sich das Gesetz bezieht, und zwar nicht blos in ihrer geschichtlichen Entwickelung, sondern auch in ihrem gegenwärtigen Bestande. Wenn auf der einen Seite dem Gesetzgeber die volle und klare Anschauung aller in Betracht kommenden thatsächlichen Verhältnisse, welche er ordnen will, zuzumuthen ist, so muß auf der andern Seite auch an den Ausleger, der den Sinn des Gesetzes ganz erfassen will, dieselbe Anforderung gestellt werden.

4. Endlich kommt noch besonders in Betracht die Beziehung des auszulegenden Gesetzes zu dem allgemeinen Rechtsprincip, von welchem es ausgegangen ist, und zu dem ganzen Rechtssystem. In dieser Hinsicht ist aber große Vorsicht nöthig, daß man nicht die eigenthümliche Rechtsbildung, welche sich in Deutschland für verschiedene Kreise geltend gemacht hat, übersieht und ein bestimmt ausgeprägtes Institut ohne genügenden Grund generalisirt. Die Regel der älteren Romanisten, daß ein Particularrecht (Statut) möglichst eng und im Sinn des gemeinen,

---

4) Doch nicht diese allein; man denke z. B. nur an die Materialien des preußischen Landrechts.

5) Hierin geht entschieden zu weit v. Wächter, Abhandlungen aus dem Strafrecht I. S. 245—49 und Handbuch des württemb. Privatr. II. §. 24; s. dagegen W. M. Schaffrath, Theorie der Auslegung constitutioneller Gesetze Leipzig 1842. — Mittermaier, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung I. S. 216—20. — Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht S. 150. — Seuffert III. Nr. 136. — XXX. Nr. 219. — Allerdings kann es zu schlimmen Unzuträglichkeiten führen, wenn der Inhalt des publicirten Gesetzes ein anderer ist, als er unter den Factoren der Gesetzgebung verabschiedet worden. Allein durch die Auslegung kann in einem solchen Fall nicht geholfen werden; man muß vielmehr sagen, das Gesetz sei im Ganzen oder seinen Theilen nach (wie die Sache nun eben steht) nicht gültig zu Stande gekommen, da es so, wie es publicirt worden, die landständische Zustimmung nicht erhalten hat. Vgl. oben §. 19.

d. h. nach damaligem Sprachgebrauch des römischen Rechts, ausgelegt werden müsse, ist zwar schon lange in ihrer Richtigkeit dargelegt worden[6]); aber auch sonst ist noch Vorsicht nöthig und namentlich darauf zu achten, ob das gemeinrechtliche Institut, auf welches das Gesetz sich bezieht, nach römischem oder deutschem Recht zu beurtheilen ist, und wenn Letzteres der Fall, ob nicht verschiedene Formen dafür geltend geworden und an welche das Gesetz sich angeschlossen hat[7]). — Es bedarf nun keines weiteren Beweises, daß die Kenntniß von dem allgemeinen Rechtsgrunde oder dem Princip, der ratio juris, worauf das Gesetz beruht, von der größten Wichtigkeit für dessen richtiges Verständniß ist. Doch wird es sich vorzugsweise nur bei dem jus commune als dem regelmäßigen Recht auffinden und benutzen lassen, während bei dem anomalischen Recht die bestimmte Absicht, der Zweck, welcher mit der Ausnahme hat erreicht werden sollen, mehr hervortreten und auch für die Auslegung zu benutzen sein wird.

e) Mit diesen Hülfsmitteln ausgerüstet wird der Ausleger auch solchen Gesetzen, deren Sinn schwer zu enthüllen ist, das richtige Verständniß abzugewinnen vermögen. Es ist aber stets daran festzuhalten, daß es die Aufgabe der Auslegung ist, das darzulegen, was der Gesetzgeber wirklich aussprechen wollte, nicht aber, was er hätte aussprechen können oder sollen. Die logische Auslegung überschreitet daher noch nicht ihre Grenzen, wenn sie, um den in den Worten undeutlich oder auch irrthümlich bezeichneten Willen des Gesetzgebers festzustellen, den nächsten Wortsinn ausdehnend oder beschränkend auffaßt und erklärt. Aber man darf sich nicht hinreißen lassen, vermittelst der Auslegung das Gesetz umändern und verbessern zu wollen; denn dadurch würde sie zu einer Rechtsquelle erhoben werden.

f) Auch das gehört nicht zur Auslegung der Gesetze, wenn man, um eine Lücke des positiven Rechts auszufüllen, Rechtsregeln nach dem Gesetz der Aehnlichkeit auf Verhältnisse anwendet, für welche sie ursprüng-

---

6) S. oben §. 8. Note 5. und J. Schilter, praxis jur. rom. Exerc. II. §. 14. — J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. I. Ex. X. §. 5. 15. — Ch. G. Riccius, zuverlässiger Entwurf von Stadtgesetzen, Buch II. Hauptst. XI. §. 10—12. — Glück, Pandecten-Commentar I. S. 380—84. — Baier. Landr. Th. I. Cap. 2. §. 13. 6to. „Wird bei Auslegung zweifelhafter Statuten ebenso, wie bei andern Gesetzen, ohne Unterschied verfahren."

7) Wenn z. B. ein Gesetz über eheliche Gütergemeinschaft verfügt. — Es ist bekannt, zu welchen Uebelständen es geführt, daß das preußische allg. Landrecht, welches als Hülfsrecht an die Stelle des gemeinen Rechts getreten ist, für die verschiedenen in Preußen vorkommenden Formen der Gütergemeinschaft nur ein subsidiarisches Institut aufgestellt hat, gegen dessen Fassung noch dazu manche Ausstellungen zu machen sind.

lich nicht bestimmt waren (Analogie). Ein solches Verfahren kann ebenso gut bei einem Institut des ungeschriebenen wie des geschriebenen Rechts statt finden, und die Regel, welche man ausdehnend anwendet, kann auf dem Princip, der ratio eines bestimmten Gesetzes oder des ganzen Rechtssystems beruhen (Gesetzesanalogie, Rechtsanalogie, Analogie nach dem Geiste des Rechts). Eine solche analoge Ausdehnung wird, mit Ausnahme anomalischer Rechtsinstitute, für welche man sie allgemein verwirft[8]), unbedingt für zulässig gehalten, und zwar nicht allein dann, wenn im Bereich eines schon gültigen Rechtsinstituts eine neue Rechtsfrage entsteht (wo die Sache gar kein Bedenken hat), sondern auch in dem Fall, wenn ein neues, bisher unbekanntes Rechtsverhältniß sich zeigt, dessen rechtliche Normirung nothwendig wird. Diese soll dann einem verwandten Rechtsinstitute entnommen werden. Mit dieser Analogie ist von den Romanisten großer Mißbrauch getrieben worden, indem sie, das einheimische Recht nicht kennend und nicht würdigend, zu scheinbar verwandten römischen Instituten griffen, um die eigenthümlich deutschen Rechtsverhältnisse darnach zu beurtheilen. Auch jetzt noch halten sich unsere romanisirenden Juristen von solchen Verirrungen nicht frei, wodurch manchen Erscheinungen des modernen Rechtslebens Gewalt angethan wird, indem deutschrechtliche Genossenschaften z. B. schlechthin unter den Begriff der römischen universitas oder communio gebracht werden. Es wird sich aber überhaupt später noch ergeben, daß wenn man die Bedeutung des Volksrechts richtig zu erfassen weiß, zur Rechtsfindung durch Analogie nur selten Veranlassung sein wird. Ihre Zulässigkeit im Allgemeinen soll aber damit nicht in Abrede gestellt werden.

g) Bis jetzt ist nur von derjenigen Auslegung der Gesetze gehandelt worden, welche auf dem Wege wissenschaftlicher Thätigkeit vor sich geht. Es giebt aber auch eine solche, welche der Gesetzgeber selbst vornimmt (authentische Interpretation, interpretatio legalis); sie ist als ein Gesetz zu betrachten, welches aber nur äußerlich als ein neues sich darstellt, indem keine neue Rechtsregel angeordnet, sondern die schon be-

---

8) v. Savigny a. a. O. S. 293 ff. Ueber einzelne Abweichungen römischer Juristen von dieser Regel s. ebendas. S. 297. — Kierulff a. a. O. S. 34 ist insofern nicht abweichender Ansicht, als er darauf dringt, daß auch das jus singulare in seinem eigenthümlichen Sinn aufgefaßt und nicht ohne Grund beschränkt werde, wogegen nichts einzuwenden ist. Wenn übrigens die anologe Ausdehnung eines jus singulare durch den Gesetzgeber selbst veranlaßt ist, so besteht natürlich über die Gültigkeit derselben kein Zweifel; aber auch das Gewohnheitsrecht kann dasselbe bewirken. So kann es z. B. zur Frage kommen, ob die Verjährung, welche bei den Servituten gilt, gewohnheitsrechtlich auf einzelne Arten der Reallasten ist übertragen worden.

stehende nur ihrem richtigen Sinne nach festgestellt wird, — ein Verfahren, welches der Gesetzgeber für gewöhnlich der Wissenschaft zu überlassen hat, und nur in sehr dringenden Fällen von ihm selbst übernommen werden darf[9]). Zu der gesetzlichen Auslegung rechnet man auch wohl noch die durch das Gewohnheitsrecht fixirte (interpretatio usualis)[10]); aber dabei handelt es sich um die Bildung eines Gewohnheitsrechts, welches den Inhalt des Gesetzes feststellt, sei es nun seinem ursprünglichen Sinne nach oder mit Abänderungen, — was einerlei ist, wenn nur die allgemeinen Erforderniſſe des Gewohnheitsrechts und beziehungsweise einer desuetudo vorhanden sind. Von einer Auslegung sollte hier billig nicht die Rede sein.

B. Von der Autonomie.

§. 26.

Begriff der Autonomie.

Außer dem Gesetz, welches nur von der höchsten Gewalt im Staate ausgeht, giebt es noch andere positive Satzungen, welche ihrer Entstehung nach gleichfalls zum geschriebenen Rechte zu zählen sind, indem sie durch einen freien Act der Willensbestimmung begründet werden; sie beruhen auf der Autonomie, von deren Bedeutung als Rechtsquelle hier im Allgemeinen zu handeln ist.

Autonomie war bei den Griechen die Selbständigkeit eines Staates, namentlich das Recht, seine innern Angelegenheiten unabhängig und nach freiem Belieben zu ordnen, — also ein bestimmter Rechtsbegriff, etwa der modernen Souveränetät vergleichbar[1]). In dieser Bedeutung wird

---

9) In Preußen wollte man ursprünglich die Auslegung des allgem. Landrechts, insofern sie zu Zweifeln Veranlassung geben sollte, ganz in die Hand der Staatsgewalt bringen, was indessen bald wieder aufgegeben ward; s. Pr. A. L. R. Einleitung §. 47. 48 und dazu Anhang §. 2. „Findet der Richter den Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so liegt es ihm zwar ob, den vorliegenden Fall nach den allgemeinen Regeln wegen Auslegung der Gesetze zu entscheiden, und findet die (früher vorgeschriebene) Anfrage an die Gesetzcommission während des Laufes des Processes nicht mehr Statt. Er muß aber die vermeinte Dunkelheit des Gesetzes dem Chef der Justiz zum Behuf der künftigen Legislation anzeigen." — Im antiken Geiste sagt Code civ. art. 4. Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

10) Vgl. Seuffert V. Nr. 100. XVIII. Nr. 203.

1) S. Wachsmuth, hellen. Alterthumskunde (1. Aufl.) I. S. 447 und überhaupt Wilda s. v. Autonomie in Weiske's Rechtslexicon I. S. 539 ff. — Die gewöhnlich bei dieser Lehre angeführte Schrift von J. L. Majer, die Autonomie vornemlich des Fürsten- und übrigen unmittelbaren Adelstandes im R. deutschen Reiche, Tübingen 1782. — ist ihr freilich ausschließlich gewidmet und

der Ausdruck nicht leicht mehr gebraucht; dagegen nimmt ihn der gewöhnliche Sprachgebrauch oft in einem sehr weiten Sinn, und bezeichnet damit überhaupt eine gewisse Freiheit und Selbständigkeit in politischen Dingen. Aber auch die deutsche Jurisprudenz hat sich denselben angeeignet, und zwar mit bestimmter Beziehung auf die bewußte Rechtserzeugung, ohne daß man jedoch die Autonomie mit dem Recht der Gesetzgebung für gleichbedeutend nahm. Anfangs verstand man darunter diejenige Befugniß, welche die älteren Juristen als das jus statuendi s. statuta condendi bezeichneten. Ein Statut war ihnen nämlich jede Satzung außerhalb des gemeinen Rechts [2]), welches letztere auf dem Wege der Gesetzgebung nur durch die Reichsgewalt erzeugt werden konnte; das jus statuendi enthielt also das Recht zur Aufstellung particularrechtlicher Normen, und begriff namentlich auch das landesherrliche Gesetzgebungsrecht in sich, welches man auf das imperium merum et mixtum und die jurisdictio (die alte Grafschaft) zurückführte [3]). In diesem weiten Sinne faßte man nun auch die Autonomie auf [4]). Je selbständiger sich aber die Landeshoheit in Deutschland entwickelte, und je mehr sie einer wahren Staatsgewalt sich näherte, desto mehr mußte es ein Bedürfniß werden, das von den Landesherrn, allein oder unter Zuziehung der Landstände, ausgeübte Gesetzgebungsrecht von denjenigen Befugnissen zu unterscheiden, welche gewissen landsässigen Corporationen in Beziehung auf die Rechtsbildung zustanden. Zu diesem Behuf stellte man den eigentlichen Gesetzen die Statute gegenüber, und faßte die Befugniß, Statute zu erlassen (das jus statuendi s. statuta condendi) oder die Autonomie als das durch die Staatsgewalt beschränkte Recht gewisser Corporationen auf [5]).

---

hat auch auf die spätere Theorie einen großen Einfluß ausgeübt, aber mehr Verwirrung veranlaßt, als den Gegenstand wissenschaftlich gefördert.

2) Noch jetzt klingt dieser Sprachgebrauch nach, z. B. wenn von einer portio statutaria, von statuta realia, personalia u. s. w. gehandelt wird. Auch im Baier. Landr. Th. I. Cap. 2. §. 13 heißt es noch: „Statuta gehen entweder auf das ganze Land oder nur auf gewisse Städte, Märkte und Communitäten.“ — Vgl. Mittermaier, Grundsätze I. §. 22.

3) Bartolus ad L. Imperium. D. de jurisdict. — U. Zasius ad h. l. — ad L. 32. §. 2. D. de leg. I. nu. 3. — J. Fichard, cons. I. 2. — J. Mynsinger, Respons. jur. 16. 32. 49. — N. Betsius, de statutis familiarum illustrium. cp. 1—4 u. s. w. Vgl. Beseler, Lehre von den Erbvertr. II. 2. §. 15. Note 61.

4) So viel ich weiß, findet sich der Ausdruck zuerst bei J. Schilter, praxis jur. rom. Exerc. II. §. 11. 12. Doch ist hier nicht allein die particulare Gesetzgebung, sondern überhaupt die particulare Rechtsbildung, dem gemeinen Recht gegenüber, gemeint.

5) J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. I. Exerc. XV. cap. 2. §. 2 sqq. — Riccius, zuverlässiger Entwurf von Stadtgesetzen Buch II. Hauptst. 1. u. 2. — v. Kreittmayr, Anmerkungen zum Cod. Max. bav. civ. Th. 1. Cap. 2. §. 13.

Aber diese an sich feste Begriffsbestimmung ward wieder dadurch erschüttert, daß man auch diejenigen Verfügungen als Ausfluß der Autonomie nahm, welche einzelne Privatpersonen durch Verträge oder einseitige Dispositionen über ihre besonderen Rechtsverhältnisse treffen, und wodurch sie die Regeln des vermittelnden Rechts abändern können [6]). Bei dieser Auffassung nun geht die Bedeutung der Autonomie als einer Rechtsquelle verloren, indem durch Verfügungen der bezeichneten Art keine Rechtsregeln gesetzt, sondern nur einzelne Rechtsverhältnisse geordnet werden. Denn wenn auch Abweichungen von dem vermittelnden Recht beliebt sind, so hat dies keine andere Wirkung, als daß es eben in seiner Anwendung auf einen einzelnen Fall eine Modification erleidet. Ist nun der Gegensatz von Rechtsregel und Rechtsverhältniß, von Recht im objectiven und subjectiven Sinn, überhaupt ein nothwendiger, der zur Bewahrung sicherer Begriffe im Rechtswesen durchaus festgehalten werden muß, so stellt sich auch die Vermischung der Begriffe in dieser Anwendung als durchaus unzulässig dar [7]). Die Autonomie ist daher, wie auch das Wort selbst schon andeutet, nur in dem Sinne zu nehmen, daß durch sie wirkliche Rechtsnormen begründet werden, wobei jedoch immerhin zuzugeben ist, daß es sich hier so gut, wie bei der Gesetzgebung nicht nothwendig und ausschließlich um die Erzeugung neuer Rechtsregeln handelt, sondern daß auch solche, welche schon früher bestanden, durch ihre ausdrückliche Anerkennung nur größere Festigkeit und Sicherheit erlangen können [8]).

Die Autonomie ist also die gewissen Corporationen zustehende Befugniß, sich innerhalb des von ihnen beherrschten Kreises oder doch für ihre besonderen Angelegenheiten nach freiem Ermessen ihr eigenes Recht

---

6) In diesem weitern Sinn wird die Autonomie nach Majers Vorgang aufgefaßt von Thibaut, System I. §. 22. 23. — Eichhorn, Einleitung §. 25 u. A. In demselben Sinn wird es in der Preußischen V. O. vom 21. Januar 1837 (G. S. Nr. 1) eine autonomische Dispositionsbefugniß der rheinischen Ritterschaft genannt, daß es dem Familienvater frei stehen soll, die Erbfolge in seinen Nachlaß unter seinen Kindern ohne Rücksicht auf den Pflichttheil anzuordnen; s. Beseler, Lehre von den Erbvertr. II. 2. S. 59.

7) Es ist das Verdienst von Puchta (Gewohnheitsrecht I. S. 158) den Begriff der Autonomie auf diese Weise wieder fest begrenzt zu haben. Dagegen ist der Standpunkt der älteren Theorie wieder vertreten von v. Gerber, Archiv für civ. Praxis XXXVII. Nr. 2, den aber K. Maurer, krit. Ueberschau II. Nr. 8 gründlich widerlegt hat, — eine Ausführung, welche durch Gerber's Erwiderung (Jahrbücher für Dogmatik III. Nr. 6) so wenig wie durch das Erkenntniß des O. A. Gerichts zu München (Seuffert XXIX. Nr. 1) entkräftet worden ist. Vgl. auch Thöl, Einleitung S. 129. — Jolly, krit. Ueberschau VI. S. 330 ff. — R. Hermann, diss. de autonomia juris germ. Jenae. 1859.

8) Philipps, Grundsätze I. §. 21.

(Willkühren, Statute, Beliebungen) zu setzen. Eine solche Satzung gilt dann nicht allein für Diejenigen, welche sie unmittelbar zu Stande gebracht haben, nach den Regeln über die Verträge, sondern sie bindet die Gesammtheit als solche und daher alle einzelnen Mitglieder derselben, die künftig hinzugekommenen sowohl, wie die gegenwärtigen. Die Autonomie entspricht also in den engen Kreisen ihrer Wirksamkeit der Gesetzgebung des Staates[9]); sie befaßt daher streng genommen die Rechtsbildung, welche auf dem Wege des Gewohnheitsrechts innerhalb der Corporationen vor sich geht (die Observanz), nicht in sich: diese hat wieder ihre selbständige Grundlage[10]).

§. 27.

Begründung und Umfang der Autonomie.

Ehe sich in Deutschland die Landeshoheit vollständig ausgebildet hatte, war bei der Lässigkeit der Reichsgesetzgebung die Autonomie der Corporationen die wichtigste Quelle des geschriebenen Rechts, und wenn man auch nicht behaupten kann, daß sie ein wesentliches Attribut derselben war[1]), so ward sie von ihnen doch der Regel nach und im weitesten Sinne geübt. Dies mußte sich aber nothwendig ändern, als mit der festeren Begründung einer selbständigen Territorialgewalt das Recht der Gesetzgebung zum wesentlichen Hoheitsrecht ward, welches sich über das ganze Land erstreckte, und daher auch die einzelnen Corporationen, die überhaupt immer mehr einer staatlichen Bevormundung unterworfen wurden, erfaßte. Dazu kam seit der Reception des römischen Rechts die Ausbildung eines Systems des gemeinen Rechts, welches die wichtigsten Rechtsverhältnisse vollständig normirte, und da, wo es eine particulare Abänderung erforderte, sie meistens von der Landesgesetzgebung erhielt. Unter diesen Umständen mußte es geschehen, daß die Autonomie

9) Civil=Pr. O. §. 265. (s. oben §. 19. Note 6.). — Wilda a. a. O. S. 546. — Puchta, Cursus der Institutionen I. S. 34, wo jedoch die Autonomie auf Stadt= und Landgemeinden, ohne Rücksicht auf andere Corporationen, beschränkt wird.

10) Hierin hat auch Maurenbrecher gefehlt, bei dem sich sonst (Lehrbuch des deutschen Privatrechts I. §. 71.) gute Bemerkungen über diese Lehre finden.

1) Das ergiebt sich schon aus dem Umstande, daß so oft selbst den freigestellten Stadtgemeinden das Recht der Kühre (Willkühr) oder die Autonomie ausdrücklich erst eingeräumt ward; s. Riccius, vollständiger Entwurf Buch I. Hauptst. 2. Buch II. Hauptst. 3. — Eichhorn, deutsche Staats= und Rechtsgesch. II. §. 259. Note d. — Doch ist damit nicht gesagt, daß die Autonomie von freien Corporationen nicht oft oder sogar meistens ohne eine solche Verleihung ausgeübt ward: eine nachträgliche Bestätigung der angeordneten Statuten war jedenfalls nicht sehr gebräuchlich. Vgl. überhaupt O. Gierke, das deutsche Genossenschaftsrecht Band I. (Berlin 1868.) S. 381. 419. 565. Band II. (1873.) S. 889.

auch derjenigen Corporationen, welche sich ursprünglich im Besitz derselben befunden hatten, entweder ganz aufgehoben oder doch immermehr beschränkt ward[2]), und daß sie daher auch den Stadtgemeinden, welche die alten Corporationsrechte noch am Besten bewahrten, in dem früheren Sinn nicht mehr ohne Weiteres beigelegt werden darf[3]). Es kommt dabei freilich sehr darauf an, wie man den Begriff der Autonomie seinem Umfange nach faßt, ob man jede, auch nur polizeiliche Anordnung darunter begreift, oder nur solche, welche sich auf dem reinen Rechtsgebiet bewegen und eine wahre, auf die Dauer berechnete Rechtserzeugung begründen.

Eine genauere Erörterung der Frage, welchen Corporationen die Autonomie zukommt und in welchem Umfange sie von ihnen geübt werden kann, setzt theils die Entwickelung der allgemeinen Lehre von den Corporationen voraus, welche erst später gegeben werden kann (s. unten §. 68 ff.), theils gehört sie dem particulären Recht an, indem es zunächst darauf ankommt, mit welcher Consequenz das moderne Staatsprincip durchgeführt worden, und wie die nach deutscher Rechtsanschauung mögliche Selbständigkeit der Corporationen zu demselben sich verhält und mit ihm in Einklang gebracht worden ist. Nur folgende allgemeine Bemerkungen mögen hier ihren Platz finden.

a) Die Autonomie setzt das Dasein der Corporation voraus, welcher sie zustehen soll. Wenn eine solche sich daher erst auf den Grund bestimmter Statuten constituiren will, und es dazu der Staatsgenehmigung bedarf, so sind auch die Statuten derselben unterworfen, so daß eine wesentliche Abänderung d. h. solcher Punkte, auf welche sich die Staatsgenehmigung bezieht, nicht einseitig von der Corporation ausgehen kann.

b) Statuten, in denen nicht allein über die inneren Angelegenheiten der Corporation verfügt wird, sondern die auch Rechtsverhältnisse dritter Personen betreffen, können nicht ohne die Staatsgenehmigung ihre Gültigkeit erhalten[4]).

---

[2]) Von den Reichsstädten, welche selbst die Landeshoheit und also das Recht der Gesetzgebung erwarben, ist hier natürlich nicht die Rede: in landsässigen Städten dagegen ist eine Autonomie, wie sie z. B. noch jetzt von Rostock, welches sich 1757 ein eigenes Stadtrecht gab, ausgeübt wird, eine seltene Erscheinung.

[3]) Dies wird freilich behauptet von Leyser, med. ad pand. I. Sp. VIII. med. 2 sqq.; s. aber J. H. Boehmer, exerc. ad pand. I. Ex. XV. cap. 2. §. 6 sqq. — Riccius a. a. O. Buch II. Hauptst. 2. — Müller ad Leyserum I. obs. 24—26. — Schnaubert, Beiträge zum deutschen Staats- und Kirchenrecht I. Nr. V.

[4]) Abweichungen kommen freilich häufig vor, z. B. bei Stadtgemeinden in Beziehung auf polizeiliche Anordnungen; aber sie müssen doch speciell begründet sein. — Die Bestätigung eines Statuts durch die Staatsgewalt macht dasselbe aber noch nicht zum Gesetze, s. R. O. H. G. IV. S. 58. VII. S. 270. IX. Nr. 39.

c) Ebenso verhält es sich mit solchen Statuten, welche eine Abänderung des vom Staate sanctionirten Rechtszustandes bezwecken, und zwar nicht nur in Beziehung auf diejenigen Rechtsinstitute, welche dem öffentlichen Recht angehören[5]), sondern auch auf diejenigen, welche nur einen vermittelnden Charakter an sich tragen. Denn wenn von diesen auch für einzelne Rechtsverhältnisse eine Abweichung zulässig ist, so geht es doch über die Berechtigung der Corporation hinaus und greift in das Gebiet der Gesetzgebung über, die Regel als solche willkührlich zu ändern. Doch finden auch in dieser Hinsicht Ausnahmen statt; namentlich ist es den Familien des hohen Adels freigestellt, über ihre Güter und Familienverhältnisse autonomisch zu verfügen, und die allgemeinen Rechtsinstitute dadurch abzuändern[6]).

d) Abgesehen von diesen Beschränkungen läßt sich die Regel aufstellen, daß die Corporation befugt ist, ihre inneren Angelegenheiten nach freiem Ermessen autonomisch zu ordnen, und zu diesem Behuf Statute zu begründen[7]). Es ist diese Befugniß einfach mit dem Begriff der Corporation als einer juristischen Person gesetzt, deren Willensbestimmung die Gesammtheit und also mittelbar auch die einzelnen Mitglieder derselben bindet. Wenn sich auch hier wieder, namentlich für die Gemeinden und weiteren Communalverbände, Beschränkungen zeigen, so sind sie nicht dem reinen Rechtsgebiet entsprungen, sondern andern, namentlich politischen und beziehungsweise polizeilichen Einwirkungen zuzuschreiben[8]). Die gesetzgebende Gewalt wird aber nicht durch die Anerkennung einer solchen Autonomie beeinträchtigt, da Statute, wenn sie auch Gesetzeskraft (legis vicem) haben, noch keine eigentlichen Gesetze sind, und auch im modernen Staat nicht jede andere Rechtsbildung durch die Gesetzgebung ausgeschlossen ist. Daher ist es aber nicht richtig, Statute, denen

---

5) S. schon den Landfr. König Albrechts von 1303. (Bei Pertz L. L. II. p. 483.) §. 38. Von satzung machen. „Wir wellen auch und gepieten vestiglich, das kain stat kain sazung mach oder mit kainen sachen, die dem reich schedlich sein in kainem seinem rechten oder irem herren des die stat ist." — Vgl. Augsburg R. A. v. 1530. §. 63. (Neue Sammlung der R. A. II. p. 315.)

6) D. B. A. Art. 14. — — „2) Werden nach den Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung die noch bestehenden Familienverträge aufrecht erhalten, und ihnen (den früher reichsständischen Familien) die Befugniß zugesichert, über ihre Güter und Familienverhältnisse verbindliche Verfügungen zu treffen, welche jedoch dem Souverain vorgelegt, und bei den höchsten Landesstellen zur allgemeinen Kenntniß und Nachachtung gebracht werden müssen. Alle bisher dagegen erlassenen Verordnungen sollen für künftige Fälle nicht weiter anwendbar sein." S. unten §. 175.

7) Vgl. Seuffert XXXI. Nr. 198.

8) Letzterer Art. ist z. B. die Vorschrift des Reichs-Schlusses von 1731. §. 1, daß die Handwerks-Artikel der Zünfte, ohne Rücksicht auf ihren Inhalt, der landesherrlichen oder wenigstens der obrigkeitlichen Bestätigung bedürfen.

die Staatsgenehmigung fehlt, blos als Verträge zu beurtheilen (statuta conventionalia im Gegensatz der statuta legalia)[9]), wenn letztere auch unter Umständen an die Stelle der Statuten treten können; s. unten §. 28. Note 6.

§. 28.

Von der Abfassung der Statuten.

Vermöge der Autonomie giebt sich eine Corporation ihr eigenes Recht; abgesehen von der etwa erforderlichen Staatsgenehmigung gehört also dazu ein gültiger Corporationsbeschluß, über dessen Begründung später (§. 68.) zu handeln ist. Doch lassen sich schon hier zwei Hauptformen, in denen die Autonomie ausgeübt wird, unterscheiden.

a) Die Corporation wird auch in dieser Angelegenheit von bestimmten Personen oder Behörden vertreten, welche vermöge ihrer allgemeinen Stellung in der Gesammtheit befugt sind, für diese gültige Normen zu erlassen. So sind in den Familien des hohen Adels die meisten älteren autonomischen Beliebungen durch einseitige Verfügungen des Familienhauptes eingeführt worden, — eine Art der Abfassung, welche auch jetzt durch den Familienvertrag noch nicht ganz verdrängt worden ist[1]). Aehnlich verhält es sich in den Städten, wo nicht die gemeine Bürgerschaft, sondern der Rath, regelmäßig in Verbindung mit den bürgerschaftlichen Collegien, das städtische Recht auch in dieser Beziehung auszuüben pflegt[2]). Bei einer solchen Einrichtung aber muß, nach

---

[9]) Diese sehr verbreitete Ansicht (s. Thibaut, System I. §. 22. — v. Wächter, Handbuch des württ. Privatr. II. §. 11. — Reyscher, das württ. Privatr. I. §. 69. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 22) ist besonders durch die Autorität von J. H. Böhmer (Exerc. ad pand. I. Ex. XV. cap. II. §. 15.) gestützt worden. Sie beruht indessen auf dem, auch für die Lehre von dem Gewohnheitsrecht so folgereichen Irrthum, daß alles Recht — unmittelbar oder mittelbar — vom Staate ausgehe. Dieser Gedanke zieht sich durch Böhmers ganze Abhandlung hindurch; indessen hat er selbst gefühlt, daß dadurch eigentlich die Bedeutung der Statuten als einer selbständigen Rechtsquelle aufgehoben werde, und a. a. O. Note 6. selbst das Bedenken ausgesprochen, ob denn wirklich die Staatsgenehmigung absolut nothwendig sei; jedenfalls will er sie auch stillschweigend ertheilen lassen. Es verhält sich hiermit ähnlich, wie mit der Frage, ob für die Entstehung der Corporation selbst die Staatsgenehmigung nothwendig ist (s. unten §. 66); nur daß, auch wenn man dies unbedingt annehmen wollte, sich die Ansicht doch damit vereinigen ließe, daß die einmal gültig entstandene Corporation mit einer gewissen Freiheit der Autonomie ausgestattet sein kann. — Der von Unger, österr. Privatr. I. §. 4. Note 9 und 10. behauptete weitere Sinn, in welchem das Wort Statut überhaupt eine Satzung bedeuten soll, entspricht nicht dem im deutschen Rechte ausgebildeten Sprachgebrauche.

[1]) Beseler, Lehre von den Erbvertr. II. 2. S. 19 ff. 39 ff.

[2]) J. H. Boehmer, l. c. §. 11.

Analogie der Gesetzgebung, eine Publication der Statuten für die Betheiligten, mit der erst die Wirksamkeit derselben anfängt, für nöthig gehalten werden[3]).

b) Die Corporation als Gesammtheit, dargestellt in ihren sämmtlichen vollberechtigten Mitgliedern, setzt sich ihre Statuten. Regelmäßig entscheidet dann die Majorität der Stimmen; bei dem autonomischen Statut der hochadligen Familie bedarf es aber der Zustimmung aller selbständigen Agnaten[4]). Doch ist auch ein solcher Familienvertrag keine Vereinbarung mit blos obligatorischer Wirkung, und die Einstimmigkeit nur die nothwendige Form, um die Genossenschaft als solche zu binden. Durchaus irrthümlich ist es aber, das Statut überhaupt, wie es freilich oft genug geschieht[5]), als Vertrag zu behandeln. Dann müßte man auch consequenter Weise zur Abfassung desselben Einstimmigkeit verlangen, und die Wirkung auf diejenigen, welche den Vertrag geschlossen haben oder ihm später beigetreten sind, beschränken[6]).

Mit dieser Verwechslung des Statuts mit einem Vertrage hängt es auch zusammen, wenn behauptet wird, es könne dasselbe auch stillschweigend abgefaßt werden, indem der Consensus nicht ausdrücklich erklärt sei, aber aus concludenten Handlungen unzweifelhaft hervorgehe[7]). So

---

[3]) Riccius, zuverlässiger Entwurf Buch II. Haupt. 7.

[4]) S. unten §. 175.

[5]) S. oben §. 27. Note 8 und Puchta, Gewohnheitsrecht I. S. 156 ff. — Maurenbrecher I. §. 71. Note 2. — Von den autonomischen Beliebungen des ältern Rechts, welche sich in Form von Verträgen zwischen den Dienst- und Lehenherrn und ihren Mannen darstellen, ist hier natürlich nicht die Rede.

[6]) Es scheint nicht, daß man sich bei der Darstellung der s. g. statuta conventionalia namentlich in Beziehung auf die Abfassung dieser Consequenz bewußt zu sein pflegt. Uebrigens soll nicht in Abrede gestellt werden, daß nicht die Mitglieder einer Corporation, soweit die Verfassung es zuläßt, sich auch vertragsmäßig über ihre Angelegenheiten vereinbaren können; nur ist ein solches Abkommen kein Statut, und es bedarf für jeden später hinzugetretenen Genossen der ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung, um ihn zu binden. Denn der Vertrag ist hier nur in seiner gewöhnlichen obligatorischen Wirkung zu denken.

[7]) Eichhorn, Kirchenrecht II. S. 39 ff. — Puchta, Gewohnheitsrecht II. S. 209. — v. Savigny, System I. S. 99. — Eichhorn a. a. O. S. 39. Note 12 beruft sich besonders auf cap. 22. X. de praebendis (3, 5), aber diese Stelle scheint mir gar nicht hierher zu gehören. Sie enthält nämlich nur die Entscheidung des Papstes, daß ein Capitel sich auf ein Statut, von dessen Beobachtung es sich selbst in einigen Fällen dispensirt hat (es betraf zunächst die geschlossene Zahl der Capitularen), gegen eine päpstliche Anordnung ebensowenig berufen kann. Es ist daher mehr von einem Verzicht auf ein statutarisches Vorrecht, als von der Begründung eines neuen Statuts die Rede. Doch will ich nicht behaupten, daß das canonische Recht die Grenze zwischen dem Statut und dem Gewohnheitsrecht (der Observanz) immer streng unterschieden hat, wie dies auch den ältern Juristen nicht gelungen ist; z. B. J. H. Böhmer, jus eccl. protest. I.

allgemein gefaßt, ist diese Ansicht auf keine Weise zu billigen. Denn bei der Begründung eines Statuts handelt es sich um einen bestimmten Act der Rechtserzeugung, und ein solcher ist nur dann anzunehmen, wenn der Wille ausdrücklich darauf gerichtet worden ist; andere Handlungen der Corporation, welche ohne diese bestimmte Richtung eine Beziehung auf eine Rechtsregel haben, sind nur als Momente für die Ausbildung eines Gewohnheitsrechts zu betrachten.

c) Im Allgemeinen ist anzunehmen, daß das Statut denjenigen, welche es binden soll, gehörig bekannt gemacht werden muß. Bei den Statuten öffentlicher Corporationen und namentlich der Gemeinden ist dazu innerhalb des Kreises, für welchen sie bestimmt sind, eine Publication ähnlich wie bei dem Gesetze nothwendig; bei Privatcorporationen wird es regelmäßig genügen, daß das Statut zur Kenntniß der unmittelbar Betheiligten gebracht wird; vgl. oben Note 3.

II. Das Gewohnheitsrecht.

§. 29.

Begriffsbestimmung im Allgemeinen.

Unter dem ungeschriebenen Recht oder Gewohnheitsrecht sind diejenigen Rechtsregeln zu verstehen, welche sich, ohne durch einen bestimmten Act der Gesetzgebung oder als gewillkührtes Recht der Corporationen begründet zu sein, allein durch die Macht der Verhältnisse und der Geschichte ausbilden und zu einer bindenden Autorität gelangen. Es ist dies die ursprüngliche, naive Rechtserzeugung, durch welche noch vor der Begründung eines durchgebildeten Staatswesens das Volk als Naturganzes die seinen Anlagen und Bedürfnissen entsprechenden Normen hervorbringt, ähnlich wie es sich seine Sprache und eine bestimmt ausgeprägte nationale Religion schafft. Aber der Staat, wie sehr er auch die menschlichen Dinge durchdringen und beherrschen mag, zieht nicht nothwendig die ganze rechtserzeugende Kraft des Volkes an sich, und vertritt dieses nicht ausschließlich durch die für die Gesetzgebung bestimmten Organe; auch in der vom Staat zum politischen Volk erhobenen Nation bleibt doch die ursprüngliche, natürliche Substanz, so daß sie sich zur Rechtsbildung immer noch unmittelbar schöpferisch verhalten kann, wenn nicht die Gesetzgebung in ausschließlicher Geltung den ganzen Rechtsstoff systematisch umspannt, und nur zu dessen legislativer Fortbildung durch die neu sich bildenden Be-

---

tit. IV. §. 13., faßt die Observanz als ein pactum tacitum auf, die ja nach dem Obigen ebenfalls ein Statut soll begründen können. Aber um so dringender ist die Aufforderung, unser heutiges Recht vor dieser Begriffsverwirrung zu bewahren. Vgl. unten §. 33. Note 4.

dürfnisse des Volkslebens angetrieben wird. Es kann also neben dem Gesetzesrecht noch ein Volksrecht geben.

Aber das Volk wird in der ursprünglich geübten Herrschaft über das Rechtswesen nicht blos durch die vermöge der Staatsordnung constituirte Gewalt beschränkt; auch in ihm selber tritt nach dem allgemeinen Gesetz der socialen Entwickelung eine Theilung der Arbeit hinsichtlich der Beschäftigung mit dem Recht ein, welche zu der Bildung eines eigenen Berufsstandes der Juristen führt. Insofern dieser nun einen solchen Einfluß gewinnt, daß er eine von dem Volksbewußtsein unabhängige Rechtsüberzeugung sich zu bilden, und dieselbe auch äußerlich in der Anwendung zu realisiren vermag, so tritt neben dem Volksrecht ein eigenes Juristenrecht auf. Dasselbe wird nach dem naturgemäßen Entwickelungsgange als eine Fortführung und Ergänzung des Volksrechts zu betrachten sein, da ja die Juristen, ihrem Volk angehörig und nur durch besondere Rechtskenntniß und Erfahrung ausgezeichnet, das Recht im nationalen Sinn auffassen und fortbilden müssen. Allein es können doch, wie die Geschichte und namentlich die deutsche es bezeugt, auch die Juristen so gut wie die selbständig constituirte gesetzgebende Gewalt, auf Abwege gerathen und von dem Geiste ihrer Nation abgefallen oder doch von ihm nicht ganz erfüllt, eine unvolksthümliche Rechtsbildung begründen. Diese aber wird nur durch lange Dauer der Uebung den Charakter eines positiven Rechts gewinnen können, wie überhaupt das Herkommen, der inveterirte Gebrauch es vermag, Rechtsregeln zu begründen, welche nicht auf der breiten Basis der Volkssitte und des Volksbewußtseins entsprungen sind, sondern ursprünglich nur zufällig entstanden und ohne bindende Kraft, allein durch die lange Dauer gleichmäßig wiederholter Anwendung zu einem Bestandtheil des positiven Rechts erhoben werden. Das Volksrecht ist freilich keine bloße Rechtsansicht des Volkes, setzt neben dem Rechtsbewußtsein eine Uebung als Recht voraus, wie es auch schon von der dem Juristenrecht zum Grunde liegenden Rechtsüberzeugung bemerkt worden, und wenn man jede Uebung, durch welche eine Rechtsansicht zum Recht wird, Gewohnheit nennen will, so ist unter dem Gewohnheitsrecht das gesammte ungeschriebene Recht zu verstehen, so daß Volksrecht und Juristenrecht nur als besondere Arten desselben erscheinen[1]). Freilich wird die nähere Betrachtung zeigen, daß eben die Art der Uebung eine sehr verschiedene sein kann, und daß die lange Dauer, an die man doch zunächst bei der Gewohnheit (consuetudo, longaevus usus) zu denken hat, kein wesentliches Erforderniß derselben, als Moment der Rechtsbildung betrachtet, ausmacht. Indessen

---

[1]) Puchta, Gewohnheitsrecht II. S. 22.

soll der hier gewöhnliche Sprachgebrauch, der die Gewohnheit als Uebung oder Beobachtung des Rechts als solchen auffaßt, beibehalten werden[2]). Diese nun kann bei keinem Theile des ungeschriebenen Rechts entbehrt werden; sie ist nicht blos ein Kennzeichen desselben, sondern neben dem Rechtsbewußtsein wesentliches Erforderniß für seine Begründung[3]).

A. Das Volksrecht.

§. 30.

Begriff und Erfordernisse.

Das Volksrecht ist das von dem Volke unmittelbar erzeugte Recht. Seine nähere Beschaffenheit aber ergiebt sich aus den Erfordernissen, welche im Allgemeinen die des Gewohnheitsrechts, zu dem es gehört, sein müssen. Es ist also nur anzugeben, wie diese gemeinschaftlichen Erfordernisse — Rechtsbewußtsein und Uebung — sich in ihrer besonderen Beziehung zum Volksrecht verhalten. Zu diesem Behuf ist auf die oben §. 5. gegebene Ausführung über die Rechtsverhältnisse Bezug zu nehmen. Darunter wurden nämlich nicht nur die vereinzelten Rechtsfälle und Geschäfte verstanden, welche Gegenstand eines Rechtsstreits

---

[2]) Es hat zu Mißverständnissen Veranlassung gegeben, daß ich (Volksrecht und Juristenrecht S. 77—80.) das Gewohnheitsrecht im engern Sinn als das nur durch den langen Gebrauch entstandene Recht, die Gewohnheit also gleichbedeutend mit dem Herkommen genommen habe, wodurch denn einerseits die principielle Unterscheidung desselben vom Volksrecht und andererseits die besondere Beziehung zum Juristenrecht (a. a. O. S. 79. 88.) hervorgerufen ward. Da mir an der Terminologie nicht viel liegt, so lasse ich jetzt diese Bezeichnung fallen, und nehme das Gewohnheitsrecht in dem gewöhnlichen weiteren Sinn für ungeschriebenes Recht überhaupt. Dasselbe zerfällt dann in Volksrecht, welches im Volke selbst erzeugt ist, mit Einschluß des Herkommens, und Juristenrecht, welches vom Juristenstande begründet worden. Die von mir a. a. O. gegebene Begriffsbestimmung halte ich also durchaus fest; sie ist nach meiner Ueberzeugung auch für das jetzt geltende passive Recht unentbehrlich, und nicht blos von politischem, oder wie v. Gerber (System §. 30. Note 1.) will, von pathologischem Interesse. Das beweist schon die verschiedene Methode, welche bei der Erkundung des Volksrechts und des Juristenrechts anzuwenden ist.

[3]) Die von Stahl, Rechts- und Staatslehre I. S. 191. gerügte s g. spiritualistische Auffassung des Gewohnheitsrechts, welche die Gewohnheit nur als Kennzeichen der Rechtsregel auffaßt, hat auch sogleich sehr entschiedene Gegner gefunden; s. Mühlenbruch, doctr. pand. I. §. 38. — Kierulff, Theorie I. S. 8. — v. Wächter, Handbuch des württ. Privatr. II. S. 33. — Die Ansicht, das Gewohnheitsrecht entstehe durch Autonomie (Weiße, Einleitung in das deutsche Privatr. §. 33. — Eichhorn, Einleitung §. 26. — Reyscher, württ. Privatr. I. §. 65.) erklärt, wenn man diesen schwankenden Begriff auch im weitesten Sinn nehmen will, nur die Möglichkeit der Entstehung, weist aber diese nicht selbst nach; auch ist dabei nur auf eigentliche Volksgewohnheiten Bezug genommen.

werden können, sondern der Inbegriff thatsächlicher Beziehungen und Einrichtungen, welche ihrem Wesen nach in gleichartiger Beschaffenheit ausgebildet, die Grundlage der zum Rechtsinstitut zusammengeschlossenen Rechtsregeln ausmachen. Der Begriff des Rechtsverhältnisses (in abstracto) setzt also voraus, daß es schon vom Recht erfaßt und durchdrungen ist; bis das geschehen, stellt es sich als ein erst rechtlich zu normirendes Lebensverhältniß heraus. Nun hat zwar auch dieses schon den Drang in sich, auf eine seiner Natur und seinem Zweck entsprechende Weise nach einem bestimmten Triebe sich auszubilden und zu realisiren; aber damit ist es noch nicht auf das Rechtsgebiet hinüber geführt. Es bedarf vielmehr zu diesem Behuf noch eines neuen Momentes, welches als Rechtsquelle wirksam, an das Lebensverhältniß herantritt und es zum Rechtsverhältniß macht, indem es das ihm einwohnende Princip zum Rechtsprincip erhebt. Das geschieht nun von dem Gesetzgeber durch seine äußere Autorität, womit die Wirksamkeit der Autonomie zu vergleichen, — vom Volke aber durch die in einem bestimmten Sinn vorgenommene Uebung. Das ist nun so zu denken, daß das Volk, indem es sich einem Lebensverhältniß hingiebt und sich dabei betheiligt, von dem Bewußtsein erfüllt ist, nicht blos nach Willkühr oder einem Gebot der Sittlichkeit folgend zu handeln; sondern daß es sich eben mit seiner Handlung auf dem Rechtsgebiet fühlt, und zwar einem bestimmten Rechtsprincip unterworfen. Das Rechtsprincip wird aber nicht frei und mit Ueberlegung geschaffen; es ruht vielmehr schon in den Verhältnissen, mit deren Anschauung es als eine nothwendige Folge in das Bewußtsein des Volkes übertritt und von ihm nun als Recht geübt wird[1]).

Wie lange aber diese Uebung d. h. die Beobachtung der Regel als Recht dauern muß, damit ein Recht daraus entstehe, das ist freilich nicht so bestimmt zu sagen. Die ältere Ansicht von dem nothwendigen Ablauf der Verjährungszeit ist freilich gegenwärtig mit Recht aufgegeben[2]); aber

---

[1]) Diese Uebung des Rechtssatzes als solchen (die s. g. opinio necessitatis) darf für das Volksrecht nur als das zum Rechtsbewußtsein erstarkte Rechtsgefühl genommen werden, nicht aber, wie Puchta (Gewohnheitsrecht II. S. 33.) es faßt, als Rechtsüberzeugung; denn das setzt eine durch Reflexion erworbene Sicherheit des Wissens voraus, wie sie hier, wo die unmittelbare Rechtsanschauung vorherrscht, nicht anzunehmen ist, während sie beim Juristenrecht unerläßlich. Ebenso wenig darf man mit Thibaut (System I. §. 17.) von einer absichtlichen Befolgung der Rechtsregel sprechen. Vgl. v. Savigny, System I. S. 174. — Stahl, Rechts- und Staatslehre I. S. 188 ff.

[2]) Ueber c. 11. X. de consuet. (I, 4.) c. 3. eodem in 6to (I. 4.) und die sich daran knüpfenden Controversen s. Puchta a. a. O. II. S. 97 ff. — Kierulff a. a. O. S. 11. Note *. — Seuffert III. Nr. 292. — Für derogatorische Gewohnheiten auf kirchlichem Gebiete halten die Verjährungszeit noch für erforder-

indem man das Gewohnheitsrecht nicht als in den Lebensverhältnissen ruhend, sondern nur als in einzelnen Handlungen sich offenbarend zu fassen wußte, war man gezwungen, im Allgemeinen eine lange Dauer der Uebung durch eine Reihe successive sich wiederholender Handlungen für nothwendig zu erklären, wenn auch ein inveterirter Brauch als Herkommen nicht eben erforderlich schien[3]). Insofern nun auch regelmäßig eine gewisse Zeit dahin gehen wird, bevor sich die in den Lebensverhältnissen wirkende Sitte zum Rechte ausbildet, kann diese Auffassung im Allgemeinen als richtig anerkannt werden. Es ist jedoch nicht zu übersehen, daß es hier nicht allein auf die Dauer der Uebung ankommt; auch die schnell sich wiederholende, oft gleichzeitige Uebung, also die Häufigkeit der Handlungen kann bei einer besonders energischen Entfaltung der zur Rechtsbildung nothwendigen Momente an sich vereinzelte Erscheinungen und Geschäfte zu einem organisch verbundenen Complex, zu einem Rechtsverhältniß zusammendrängen, in welchem sich das zum Rechtsprincip condensirte Rechtsbewußtsein des Volkes erkennbar abspiegelt. Besonders der Verkehr in seiner beweglichen Natur bringt häufige Beispiele einer solchen beschleunigten Rechtsbildung hervor[4]); aber auch bei einer neuen Gestaltung der agrarischen und gewerblichen Verhältnisse kann sie eintreten; sie hat in neuerer Zeit in Deutschland dem wieder wach gewordenen Associationsgeiste die ihm gemäßen Einrichtungen gegeben u. s. w. Möglich aber ist es natürlich, und wird sogar der gewöhnliche Fall sein, daß auch die Rechtsverhältnisse und die sie beherrschenden Rechtsprincipien von Alters her bestanden, und daher auch die durch lange Dauer befestigte Uebung für sich haben. Ein Beispiel liefert

---

lich Richter, Lehrbuch des Kirchenrechts (7. Aufl.) §. 34. — Kreutzwald, D. de canonica iuris consuetudinarii praescriptione. Berolini 1873. — Nach sächsischem Gerichtsgebrauch wird für die Begründung des nicht in den Landesgesetzen anerkannten Gewohnheitsrechts der Ablauf der sächsischen Verjährungsfrist von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen gefordert, und wenn es derogirender Art ist, gerichtliche Handlungen; s. Haubold, Lehrbuch des Königl. sächs. Privatrechts §. 37.

[3]) Bei Puchta freilich, dem die Uebung nur ein Kennzeichen des Rechts ist, erscheint die lange Dauer derselben nicht mehr als wesentliches Erforderniß, obgleich er die Gewohnheit nur in einzelnen Handlungen zu erfassen weiß; s. a. a. O. S. 79—105. — Aehnlich Thibaut, der auch schon die Uebung nur als Aeußerung der gemeinen Meinung (consensus utentium) in Anschlag bringt, und das Herkommen nicht für wesentlich hält; s. System I. §. 19 und dazu die Dictaten bei Braun S. 31.

[4]) Vgl. die Motive zu dem Art. 1 des preußischen Entwurfs des Handelsgesetzbuchs v. J. 1857. „Das Handelsrecht ist ein unmittelbares Erzeugniß des praktischen Verkehrs; seine Grundlage bilden Gewohnheit und Gebrauch. Wie der Verkehr, so ist auch das Handelsrecht in steter Fortentwickelung begriffen."

die Stellung von Mann und Frau in der germanischen Hausgenossenschaft[5]).

In dem Rechtsbewußtsein und der Uebung des Rechtssatzes oder der Gewohnheit sind die allgemeinen Erfordernisse für die Gültigkeit des Volksrechts enthalten; die sonst noch aufgestellten Bedingungen betreffen entweder die einzelnen Handlungen, in denen die Rechtsregel sich offenbart[6]), oder beziehen sich auf die Beschaffenheit der letzteren[7]) — berühren aber das Wesentliche der Lehre nicht.

Nach dieser Erörterung über die Natur des Volksrechts wird es angemessen sein, dasselbe mit einem andern verwandten Begriff zusammen zu halten, und es durch die Vergleichung beider noch bestimmter zu

---

[5]) Reinh. Schmidt (s. Schneider's kritische Jahrbücher 1844. Mai S. 385—420.) hat es richtig erkannt, daß der von mir aufgestellte Begriff des Volksrechts in den Rechtsverhältnissen seinen Schwerpunkt hat; aber er will es doch bevor das Herkommen hinzugetreten, nicht als Recht gelten lassen, indem er der älteren Ansicht, namentlich auch über die stillschweigende Sanction des Gewohnheitsrechts durch den Gesetzgeber, huldigt; s. a. a. O. S. 399. 406. — Falck dagen in dem Archiv für Geschichte u. s. w. der Herzogthümer Schleswig, Holstein und Lauenburg. 4. Jahrg. 2. Heft. S. 213—48. statuirt ein Volksrecht auch ohne Herkommen, indem er es als die natürlichen Folgerungen aus Rechtsverhältnissen bezeichnet. Stahl endlich (a. a. O. S. 191. Note *) verlangt für die dem Gewohnheitsrecht wesentliche Uebung eine gewisse Dauer, womit ich einverstanden bin; s. Volksrecht und Juristenrecht S. 80 und Erster Nachtrag S. 21. Die S. 211 ff. gegen meine Ansicht geführte Polemik erklärt sich daher wohl zum guten Theil aus dem Mißverständniß, als ob ich früher unter Gewohnheit etwas anderes als das Herkommen verstanden habe.

[6]) Hierher gehört namentlich die von Manchen irrthümlich geforderte Publicität und Gerichtlichkeit der Handlungen, worüber zu vergleichen Puchta a. a. O. II. S. 34—49. — Brinckmann, das Gewohnheitsr. S. 17. — Seuffert I. Nr. 306.

[7]) Ueber den, dem römischen Recht (L. 39. D. de leg. I. 3) entlehnten Satz, daß ein Gewohnheitsrecht nicht aus Irrthum eingeführt sein dürfe, s. Puchta a. a. O. S. 62—79., wo treffend bemerkt wird, daß bei nationalen Ansichten, bei einem eigentlichen Volksbewußtsein von einem Irrthum nicht die Rede sein kann. Vgl. Seuffert I. Nr. 309. und unten §. 34. Note 11. — Die Rationabilität, welche man nach Aeußerungen des canonischen Rechts als Erforderniß des Gewohnheitsrechts aufstellt, wird jetzt allgemein so verstanden, daß bei der Beurtheilung des Rechtssatzes auf ein subjectives Meinen, auf eine Berücksichtigung der Zweckmäßigkeit kein Gewicht gelegt wird. Einige nehmen dann weiter an, in der Rationabilität liege eben nur die negative Bedingung, das Gewohnheitsrecht dürfe nicht den höheren Ansprüchen der Religion, des Staates und der Nationalsitte widersprechen (Puchta a. a. O. S. 40—61. — Kierulff, Theorie I. S. 13. Note ** — Seuffert I. Nr. 307. X. Nr. 2); während Andere sie auf den Beweis des Gewohnheitsrechts beziehen, indem sie dafür nur solche Gewohnheiten für geeignet halten, aus denen sich eine dem Rechtsverhältniß entsprechende Rechtsregel

charakterisiren. Es ist nämlich oben (§. 14.) gezeigt worden, daß die s. g. Natur der Sache in ihrem engern technischen Sinne, wie sie besonders seit Runde für die juristische Methode fruchtbar gemacht worden, nichts anders ist, als das die Rechtsverhältnisse naturgemäß beherrschende Princip. Es ward aber noch die Beantwortung der Frage, welche Bedeutung denn diese Lehre für die Rechtsbildung und Rechtsentwickelung habe, vorläufig ausgesetzt. Hier nun ist der Ort dafür. Jene Natur der Sache nämlich fällt ihrem stofflichen Inhalte nach mit dem Volksrecht, wie es sich besonders für das Privatrecht wirksam zeigt, zusammen; aber es wird dabei Rücksicht genommen auf das Rechtsbewußtsein des handelnden, in den Rechtsverhältnissen sich bethätigenden Volkes, welches eben, indem es in den thatsächlichen Beziehungen und Einrichtungen sein Bedürfniß befriedigt, den in den Lebensverhältnissen ruhenden Trieb ihrer Natur entsprechend zum bestimmten Rechtsprincip ausbildet. Die Natur der Sache ist an sich noch keine Rechtsquelle, sondern nur die thatsächliche Voraussetzung derselben. Erst die durch das Rechtsbewußtsein des Volkes vollzogene Vermittelung, welche sich in der Uebung des Rechtssatzes ausspricht, begründet die Rechtserzeugung und schafft die Natur der Sache zum Volksrecht um.

Diesen Begriff in seiner geschichtlichen Bedeutung erkannt und gewürdigt zu haben, ist das Verdienst der historischen Schule, welche ihn nur wieder für die Gegenwart verdeckte, indem sie, wenigstens für das gemeine Recht, an seine Stelle den des Juristenrechts setzte[8]). Aber auch dem Rechtsleben der Gegenwart ist das Volksrecht in seiner eigenthümlichen Bedeutung zu vindiciren, und die Aufgabe einer freien Jurisprudenz, es zu erfassen und wissenschaftlich zu ergründen[9]).

---

ableiten läßt (Eichhorn, Einleitung §. 26. Note f.). Damit stimmt v. Savigny, System I. S. 176 ff. insoweit überein, als er Irrthum und Unvernünftigkeit blos als Eigenschaften des Handelns auffaßt, wodurch es unfähig wird, zur Anerkennung eines Gewohnheitsrechts mitzuwirken. Auch macht v. Savigny mit Recht darauf aufmerksam, daß die Reichsgesetze einzelne unvernünftige Gewohnheiten ausdrücklich aufgehoben, ihre Gültigkeit bis dahin also vorausgesetzt haben; s. Freiburger R. A. v. 1498. §. 37. (Neue Sammlung II. p. 46.) — Edict des Reichsregiments v. 1521. (a. a. O. p. 211.) — P. G. O. Art. 218.

[8]) S. Puchta a. a. O. II. S. 150. — v. Savigny, System I. S. 193; vgl. Beseler, Volksrecht und Juristenrecht S. 78.

[9]) In diesem Versuch bin ich, wie ich erst später gesehen, nicht ohne Vorgänger gewesen; wenigstens finde ich eine bestimmte Andeutung davon bei Sommer im Archiv für civ. Praxis III. S. 314—24, und Bethmann-Hollweg, Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen Civilproceß (Berlin 1821.) S. XXXIII.

§. 31.

Erkenntnißquellen und Methode des Volksrechts.

Der Richter soll das Recht kennen — jura novit curia — und wenn er es nicht kennt, soll er es selbständig zu erkunden suchen. Daß diese Regel von der früheren Jurisprudenz für das Gewohnheitsrecht nicht zur Anwendung gebracht ward; daß man vielmehr die praktische Wirksamkeit desselben von dem zufälligen Erfolg der civilproceßmäßigen Beweisführung der Parteien abhängen ließ, als ob es nur im Privatrechtsstreite maaßgebend wäre, — das hat auf die ganze Lehre einen unheilvollen Einfluß ausgeübt, und die legitime Autorität des einheimischen Volksrechts lange Zeit verkümmert. Jene Regel auch für das Gewohnheitsrecht zur Anerkennung und Geltung gebracht zu haben[1]), ist das Hauptverdienst, welches sich Puchta in seiner dieser Lehre gewidmeten Schrift um das deutsche Rechtswesen erworben hat. — Daß auch die Erkundung des Volksrechts unter diesem Gesichtspunkte zu betrachten ist, bedarf keiner besonderen Darlegung; es ist daher in der folgenden Erörterung nur auseinander zu setzen, wie das allgemeine Princip hier seine bestimmtere Anwendung findet.

a) Das Volksrecht, wie es vom Rechtsbewußtsein des Volkes getragen wird, offenbart sich nicht blos in einzelnen Handlungen und Geschäften; sondern es ist in den Rechtsverhältnissen enthalten und verwirklicht. Es kann daher nur von Demjenigen vollkommen, d. h. seinem ganzen Umfange und seinem innern Zusammenhange nach gewußt werden, der eine klare Anschauung derjenigen thatsächlichen Beziehungen des Rechtslebens hat, in welchem es begründet ist und sich praktisch offenbart. Im Volke selbst ist das Volksrecht unmittelbar lebendig. Wenn nun der Jurist sich nicht schon vermöge der allgemeinen Natur der Institute, die jeden Staatsbürger erfassen, oder durch eine besonders günstige Lebensstellung in Stand gesetzt findet, aus eigener Anschauung und Erfahrung eine unmittelbare Kenntniß des Volksrechts zu erlangen, so ist es seine Aufgabe, dasselbe auf dem Wege der Forschung und Beobachtung mit allen

[1]) Die richtige Ansicht ist auch jetzt von der Reichsgesetzgebung sanctionirt worden, s. Civil-Pr. O. §. 265. (oben §. 19. Note 6.) Ganz ist sie freilich nie aufgegeben worden; s. Puchta a. a. O. II. S. 138 ff. Das ist auch in der Ansicht ausgesprochen, daß notorische Gewohnheiten, d. h. solche, die zur eigenen Wahrnehmung des Gerichts gekommen, keines Beweises bedürfen; s. Glück, Pandektencommentar I. S. 464. — Thibaut, System I. §. 20. — Eichhorn, Einleitung §. 26. Note b. — Kierulff, Theorie I. S. 15. — Hierauf ist von Puchta (a. a. O. S. 160—65.) nicht die gehörige Rücksicht genommen, indem er dabei nur ein Gewicht auf die Kenntniß der Thatsachen legt, aus denen auf das Gewohnheitsrecht geschlossen wird.

Mitteln der Wissenschaft, die ihm zu Gebote stehen, zu erkunden[2]). Dabei sieht er sich denn natürlich vor allem auf die unmittelbare Beobachtung des Rechtslebens im Volke hingewiesen, indem er diejenigen Verhältnisse, um deren Normirung es sich zunächst handelt, im Sinne der Betheiligten unbefangen aufzufassen hat, um ihnen das in ihnen ausgebildete Rechtsprincip abzugewinnen. Es stehen ihm aber, damit er seinen Zweck erreiche, manche, auch von der ältern Theorie schon benutzte Hülfsmittel zu Gebot. So können die s. g. Rechtssprichwörter für die Erkundung des Volksrechts einen Anhalt gewähren[3]); es findet sich ferner häufig Veranlassung, durch die Vernehmung kundiger und sachverständiger Zeugen, durch obrigkeitliche Atteste und glaubwürdige Aufzeichnungen das Dasein eines Rechtsprincips, welches sich nur in den Lebensverhältnissen bethätigt, fest zu stellen[4]). Es kommt dabei Alles darauf an, daß der Jurist und namentlich der Richter sich die Ueberzeugung von der Geltung des Rechtssatzes und die volle Kenntniß desselben verschaffe; doch ist es zu diesem Behuf durchaus nicht nothwendig, daß einzelne Thatsachen, in denen die Regel sich offenbart hat und aus denen sie mit Sicherheit abzuleiten ist, dem Richter vorgelegt werden. Dies ist vielmehr nur ein Mittel und nicht einmal für gewöhnlich ganz ausreichend. Denn theils genügen solche vereinzelte Thatsachen, deren Vorkommen speciell nachgewiesen ist, selten, um aus ihnen die Anschauung eines ganzen, organisch verbundenen Rechtsverhältnisses zu gewinnen; theils beschränkt sich das Recht,

---

2) Beseler, Volksrecht und Juristenrecht S. 109—23. — Vgl. Seuffert VI. Nr. 130.

3) Den Rechtssprichwörtern oder Parömien legt man oft einen zu großen Werth bei, wie es z. B. von Runde in dem deutschen ehelichen Güterrecht geschehen ist. Es giebt wenige Parömien, welche einen ganz sicheren Schluß auf eine Rechtsregel gestatten, auch wenn sie irgendwo bestimmt vorkommen. Gewöhnlich bieten sie nur eine Veranlassung dar, nach der in ihnen ausgesprochenen Regel weiter zu forschen, und erstrecken sich selten über den Kreis des Lokalrechts hinaus. — Vgl. im Allgemeinen J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. I. Ex. XVII. §. 2. — Puchta, Gewohnheitsrecht II. S. 148—151. — Reyscher, in der Zeitschrift für deutsches Recht V. S. 189—210. — Ein großes historisches Material für diese Lehre findet sich bei J. Grimm, deutsche Rechtsalterthümer, Göttingen 1828. Von den Sammlungen für das noch geltende Recht sind außer den älteren wenig befriedigenden von J. F. Eisenhart (Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. Dritte Ausg., besorgt von Otto, Leipzig 1823.) hervorzuheben; J. G. Hillebrand, deutsche Rechtssprichwörter. Zürich 1858. — Ed. Graf und Matthias Dietherr, deutsche Rechtssprichwörter. Nördlingen 1864. — Gierke, der Humor im deutschen Rechte. Berlin 1871. — Ofenbrüggen, die deutschen Rechtssprichwörter. Basel 1876.

4) Puchta a. a. O. S. 122—48. — Präjudicien desselben Gerichts, wenn sie auch für den späteren Richter nicht bindend sind, verdienen doch seine besondere Berücksichtigung; s. Seuffert V. Nr. 99. X. Nr. 124.

welches in ihnen ausgesprochen ist, regelmäßig auf einen einzelnen Rechtssatz, der, für sich betrachtet, zusammenhangslos und oft unverständlich erscheint, oder doch leicht mißverstanden werden kann. Es kommt aber hier, wie überhaupt in der Jurisprudenz, darauf an, ein Rechtsprincip zu gewinnen, welches als leitender Gedanke das Rechtsinstitut beherrscht, und dem die einzelnen Regeln entwachsen. Ein solches Princip aber läßt sich nicht aus ganz isolirten Erscheinungen des praktischen Lebens mit Sicherheit entnehmen; dazu bedarf es der vollen Anschauung und der umfassenden Kunde der thatsächlichen Verhältnisse, in deren Handhabung sich das Rechtsbewußtsein des Volkes geltend macht[5]) und durch welche die nicht genug zu empfehlende analytische Methode der Rechtsentwickelung, — die größte Stärke der römischen Juristen — überhaupt erst möglich wird[6]).

b) Das Volksrecht ist nicht immer so vollständig und ungetrübt in den Rechtsverhältnissen ausgeprägt und im Rechtsbewußtsein des Volkes enthalten, daß man sich desselben auf dem Wege der praktischen Lebenserfahrung und der Beobachtung bemächtigen kann. Besonders bei den älteren Rechtsinstituten, welche schon eine Geschichte haben und namentlich von der Revolution, welche durch die Aufnahme des römischen Rechts im deutschen Rechtswesen hervorgerufen ward, erfaßt sind, ohne ihrer Selbständigkeit ganz beraubt worden zu sein, bedarf es, um zur vollständigen Kenntniß und Einsicht zu gelangen, der historischen Forschung. Diese ist aber, soweit es irgend möglich, mit der unmittelbaren Betrachtung der gegenwärtigen Rechtszustände, die den Ausgangspunkt der Geschichte bilden, zu vereinen, und zwar so, daß auch die Particular- und Statutarrechte, insofern sie in ihren Kreisen Zeugniß von dem vorhandenen Volksrecht ablegen, zum Gegenstand der Untersuchung gemacht werden[7]). Die historische Forschung aber hier ausschließlich gelten zu lassen, ist einseitig[8]);

---

5) Man nehme z. B. nur den Fall, daß das für die Abschichtung der Kinder geltende Princip aus einzelnen Fällen der Anwendung, ohne daß das ganze Rechtsverhältniß der Gütergemeinschaft und speciell der Were zur vollen Anschauung gebracht wird, abgeleitet werden soll.

6) Vgl. Reinh. Schmidt in Schneider's Krit. Jahrbüchern 1844. Mai. S. 417. — v. Buttel, über die Geltung des römischen Rechts (Oldenburg 1846.) S. 42 ff. — Will man dann noch für das durch die analytische Methode selbständig gefundene Resultat mit Kritz, Sammlung von Rechtsfällen IV. S. 187 ff. die Probe an der juristischen Arithmetik der Römer machen, so erscheint das unverfänglich, vorausgesetzt, daß man sich dadurch nicht verleiten läßt, unvermerkt römische Rechtsverhältnisse und also auch römische Rechtsinstitute den deutschen zu substituiren.

7) Beseler, Volksrecht und Juristenrecht S. 126—39.

8) Wie Eichhorn es thut, Einleitung §. 39; vgl. oben §. 13. — Wenn übrigens Eichhorn hier das gemeine deutsche Privatrecht als ein Gewohnheits-

denn wenn die Gegenwart uns den genügenden Rechtsstoff in lebendiger Fülle bietet, so kann der Rückgriff auf die Vergangenheit nicht für nothwendig gehalten werden, um ihn Behufs der praktischen Rechtskunde erst zusammen zu tragen. Die Empirie steht der historischen Forschung gleichberechtigt zur Seite.

c) Wenn der Richter auch das Volksrecht kennen soll, so wird dies bei unserer jetzigen Gerichtsverfassung doch häufig nicht der Fall sein, und ihm auch schwer werden, es selbständig zu erkunden. Deswegen ist es den Parteien frei zu stellen, ihm dabei zu Hülfe zu kommen, sowohl durch Allegation des Rechtssatzes als auch durch Unterstützung bei der Erkundung desselben, und der Richter ist befugt, der Partei den Beweis des von ihr behaupteten Gewohnheitsrechtes aufzulegen. Doch erläßt er kein Beweiserkenntniß im technischen Sinn, es handelt sich nicht um einen formellen juristischen Beweis, sondern um einen wissenschaftlichen[9]).

I. Die Parteien sind in der Wahl der Beweismittel nicht beschränkt, sie können vielmehr Alles anwenden, was geeignet ist, den Richter von dem Dasein des Rechtssatzes zu überzeugen[10]). Von besonderer Wichtigkeit sind die Zeugnisse der öffentlichen Behörden, namentlich der Gerichte, aber auch die Bescheinigungen geschäftskundiger Männer, z. B. Pareres angesehener Firmen über Handelsüsancen, können unter Umständen von Bedeutung sein.

II. Die Partei kann dem Richter einzelne Fälle der Rechtsanwendung (actus) nachweisen, welche den Schluß auf das Dasein des Rechtssatzes begründen[11]).

1. Es kommen hier nicht blos Handlungen, sondern auch Unterlassungen in Betracht. Denn auch in einer solchen, z. B. daß eine Zunft sich eines gewissen Gewerbebetriebes enthalten hat, kann sich die Anerkennung eines Rechtssatzes in der Uebung aussprechen[12]).

2. Die Handlungen müssen sich wiederholt haben, und dürfen nicht durch eine entgegenstehende Uebung unterbrochen sein (actus continui

recht bezeichnet, das auf dem Wege der historischen Forschung zu erkunden ist, und a. a. O. §. 26. für dieses den Beweis nach den Grundsätzen des fremden Rechts verlangt (worunter die ältere Theorie über diese Lehre verstanden zu sein scheint), so läßt sich das nicht wohl vereinigen. Es erklärt sich diese Ansicht aber, wie oben §. 13. gezeigt worden, daraus, daß die Germanisten die Mängel der Quellenlehre durch eine besondere Methode zu verbessern suchten.

[9]) Diese treffende Unterscheidung hat Kierulff, Theorie I. S. 14. 15. — Vgl. Seuffert XXVI. Nr. 113. — Ueber den Beweis des Gewohnheitsrechts durch die Parteien s. im Allgemeinen Puchta, das Gewohnheitsr. II. S. 165—99. — Brinckmann, das Gewohnheitsr. I. S. 27—76. — R. O. H. G. XII. Nr. 18.

[10]) Seuffert, I. Nr. 310. II. Nr. 251. IX. Nr. 202. XII. Nr. 2.

[11]) Vgl. Puchta a. a. O. S. 29 ff. — Brinckmann a. a. O. S. 6 ff.

[12]) Vgl. Seuffert I. Nr. 306. II. Nr. 226. III. Nr. 1. VII. Nr. 279.

nec contrarii). Doch ist die Abweichung Einzelner von dem allgemeinen Rechtsbewußtsein, durch welche dieses selbst nicht in Frage gestellt wird, unerheblich und in der Erfolglosigkeit des Widerspruchs kann sogar die Bestärkung der Uebung erkannt werden[13]).

3. Die Beweisführung der Parteien bindet den Richter nicht; er ist auch befugt, ein Vorbringen der Partei nach der ihr gestellten Frist noch zu benutzen[14]), denn es kommt nur darauf an, ob sie ihn von dem Dasein des Rechtssatzes überzeugt hat. Daher fallen hier diejenigen Beweismittel, welche nur unter den Parteien ein formelles Recht begründen, wie die Eideszuschiebung, weg, und auch für die nothwendigen richterlichen Eide bleibt kein Raum[15]). Umgekehrt kann aber der Richter, wenn er auf Grund der Beweisführung der Parteien in einem Processe sich eine Rechtsüberzeugung gebildet hat, diese nun auch in anderen Processen von Amtswegen geltend machen; denn es kommt nicht darauf an, aus welcher Quelle er seine Rechtskunde geschöpft hat[16]).

§. 32.

Umfang und Kraft des Volksrechts.

I. Seinem Umfange nach kann das Volksrecht so verschieden sein, wie das positive Recht überhaupt; ja es kann selbst auf dem Gebiete des Völkerrechts und in Verhältnissen, welche durch den Verkehr unter den Völkern auf eine gewisse Weise gemeinsam werden, die Grenzen der bestimmten Nationalität überschreiten. Um so weniger kann ein Zweifel bestehen, daß sich das Volksrecht über ein ganzes Volk zu erstrecken und dieses in seiner Gesammtheit zu erfassen vermag der früher dagegen erhobene triviale Einwand, es gebe keine allgemeine Gewohnheiten, weil sie doch nicht gehörig bewiesen werden könnten[1]), verliert mit der Annahme, daß jene ältere Theorie vom Beweise des Gewohnheitsrechts unhaltbar, jeden auch nur scheinbaren Grund der Richtigkeit. — So wie aber das Volksrecht sich im ganzen Volke ausbilden kann, so auch in den engern Kreisen seiner natürlichen und politischen Gemeinschaft, nach Stämmen, Ständen, Gegenden, in welcher Beziehung vom Landes- bis zum Lokalrecht die größte Mannichfaltigkeit der Ab-

13) Seuffert XIII. Nr. 3.

14) S. das Erk. bei Kierulff, Sammlung II. S. 707. (Seuffert XV. Nr. 1).

15) Vgl. Seuffert VII. Nr. 139. X. Nr. 4.

16) Seuffert II. Nr. 1. XIX. Nr. 2.

1) S. noch Hufeland, Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaft Stück I. Nr. 1. Giebt es allgemeine Gewohnheiten im juristischen Sinn? Vgl. Eichhorn, Einleitung §. 26.

stufung sich findet[2]). Je enger aber der Kreis der Geltung, desto seltener wird das Volksrecht sich in selbständigen und bedeutenden Rechtsinstituten darstellen: es wird dann meistens nur vereinzelte Bestimmungen oder bloße Modificationen allgemeiner Einrichtungen enthalten, und häufig in dem Begriff des Herkommens aufgehen.

II. Die Kraft des Volksrechts ist im allgemeinen schon in dem Begriff des positiven Rechts ausgesprochen; es bleibt nur die Frage zu erörtern, wie es dem Gesetz gegenüber zu stehen kommt, und namentlich, ob es sich gegen ein Gesetz gültig ausbilden kann, so daß es dessen Herrschaft zu besiegen im Stande ist. Ungeachtet des Hindernisses, welches man in einer Aeußerung des römischen Rechts gegen die richtige Lösung dieser Frage gefunden hat, ist es nun doch fast allgemein anerkannt: daß Gewohnheitsrecht und Gesetz die gleiche Kraft haben, und daß Letzteres durch Entwöhnung (desuetudo) außer Wirksamkeit gebracht werden kann[3]). Es wird damit auch nur die Macht der Verhältnisse und der Geschichte anerkannt, der kein irdischer Wille, auch der des Gesetzgebers nicht, auf die Dauer Widerstand zu leisten vermag. Natürlich hat man dabei aber nicht an eine absichtlich bewußte Auflehnung gegen gesetzliche Bestimmungen zu denken, weil, wenn man ihr eine derogatorische Kraft beilegen wollte, das Verhältniß zwischen Regierenden und Regierten sich verkehren würde. Vielmehr ist die Sache so zu fassen, daß sich über die vom Gesetzgeber normirten Rechtsverhältnisse ein abweichendes Rechtsbewußtsein im Volke bildet oder erhält, welches eine solche Kraft und Stärke in sich trägt und in der An-

---

[2]) Vgl. Stahl, Rechts- und Staatslehre I. S. 189. — Zu scharf darf man hier freilich nicht zwischen der natürlichen und politischen Gemeinschaft unterscheiden; denn insofern jene die Grundlage von dieser bildet, wird sich dasselbe Gewohnheitsrecht in beiden Kreisen wieder finden; z. B. im Stande der Provinzialritterschaft und der ritterschaftlichen Corporation; in einer Stadtgemeinde und innerhalb ihres Bezirkes unter den Einwohnern, falls es auf einen Gegensatz zum platten Lande ankommt.

[3]) Mühlenbruch, doctr. pand. I. §. 39. — Puchta a. a. O. II. S. 199—215. — v. Savigny, System I. S. 194—97. — Kierulff, Theorie I. S. 12. — Beschränkungen besonders wegen c. 2. C. quae sit longa consuetudo machen noch Thibaut, System I. §. 17. und v. Vangerow, Leitfaden I. §. 16. — Ueber die neueren Civilgesetzbücher s. v. Savigny, a. a. O. S. 197—205. und über eine eigenthümliche Beschränkung derogatorischer Gewohnheiten in Württemberg v. Wächter, Handbuch II. S. 36—39., womit zu vergleichen Reyscher, württemb. Privatr. I. §. 65. — Daß die modernen Codificationen dem Gewohnheitsrecht eine nur beschränkte Geltung beilegen, und es höchstens zur Ergänzung (praeter legem) und nicht mit derogatorischer Kraft (contra legem) zulassen können, liegt freilich in der absoluten Autorität des modernen Staatswillens. Vgl. Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 1. und Beseler, Gutachten in den Verhandlungen des fünften deutschen Juristentags (1864.) I. S. 102 ff.

wendung mit solcher Entschiedenheit auftritt, daß dadurch die gesetzliche Vorschrift um ihre Geltung gebracht wird. Von einer Umbildung der Rechtsverhältnisse selbst in einem Grade, daß dem Gesetz in Folge dessen sein Gegenstand entzogen wird, ist hier natürlich nicht die Rede; denn wo dieser fehlt, ist jenes auch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht zur Anwendung zu bringen.

Bei der derogatorischen Kraft der Gewohnheiten pflegt man aber nur an eine Rechtsbildung zu denken, welche sich allmählich in einer längeren Zeit entwickelt, und gerade durch die Dauer der Übung das Gesetz aus der Erinnerung und der Anwendung verdrängt. Wie aber, wenn das Volksrecht, wie es oben für möglich erklärt ward, in Folge einer besonders energischen Rechtsbildung, durch die Häufigkeit der Übung und bei der großen Verbreitung des betreffenden Rechtsverhältnisses in beziehungsweise kurzer Zeit sich consolidirt, ohne daß es auf ein eigentliches Herkommen zurückgeführt werden kann? Darf man auch einer solchen, schnell geförderten Rechtsbildung die Kraft beilegen, sich gegen ein Gesetz geltend zu machen und dasselbe zu beseitigen? — Es ist dabei zunächst an den Fall zu denken, daß das dem Rechtsverhältniß ensprechende Rechtsprincip, wie es im Volksbewußtsein sich darstellt, verletzt wird, indem der Gesetzgeber es nicht richtig erfaßt und auf eine unangemessene Weise normirt hat. Dagegen wird nun das Rechtsbewußtsein im Volke reagiren, und vielleicht die Abänderung der verkehrten Norm durch die Gesetzgebung selbst veranlassen; vielleicht auch, wenn dies nicht gelingt, fügt sich das Volk, und richtet seine Verhältnisse, so gut es gehen will, nach der ihm aufgedrungenen Regel ein, auf die Gefahr hin, daß sie ausarten und verkümmern. Bleibt aber das Volk energisch bei seinem Willen, wofür ihm namentlich in der Sphäre des blos vermittelnden Rechts viele Mittel gegeben sind, so entsteht eine Collision, über deren Ausgang sich nichts Bestimmtes vorher sagen läßt, zumal es geschehen kann, daß auch die Jurisprudenz, von der gemeinen Meinung hingerissen, sich dazu versteht, durch Interpretation den Inhalt des Gesetzes selbst über dessen Absicht hinaus der Volksansicht anzupassen und dadurch eine gewisse Vermittelung herbeizuführen[4]). Soviel aber ist unzweifelhaft, daß der Richter nicht befugt ist, ein Gesetz seiner Unzweckmäßigkeit oder Ungerechtigkeit wegen nicht anzuwenden; daß er dem Gesetzgeber die Verantwortlichkeit, eine Störung der volksthümlichen Rechtsbildung hervorgerufen zu haben, nicht abnehmen darf. Daher kann sich eine bestimmte Rechts=

---

4) Einert, das Wechselrecht (Leipzig 1839.) S. 126. 127 liefert hiervon ein interessantes Beispiel, indem er zeigt, wie das Verbot der leipziger Wechselordnung, welche keine Indossamente in bianco erlaubte, vom Handelsstande außer Acht gelassen und unter Connivenz der Gerichte umgangen wurde.

ansicht im Volke mit der größten Entschiedenheit erhalten, und der Richter doch verpflichtet sein, nach dem Gesetz dagegen zu erkennen. Wie lange Zeit nun dahin gehen muß, daß ein solches Gesetz der ihm widersprechenden Volksansicht unterliege und einem Volksrechte den Platz einräume, darüber läßt sich keine bestimmte Angabe machen, da hier das Mehr oder Weniger nach den Verhältnissen wechselt, und so viele Nebenumstände in Betracht kommen können, welche die Vollendung einer populären Rechtsbildung hemmen oder beschleunigen: selbst die verschiedenen Formen der Staatsverfassung und namentlich des Gerichtswesens werden dabei von bedeutendem Einfluß sein. Nur so viel ist mit Sicherheit zu behaupten: wenn auf der einen Seite das Volksrecht gegen das Gesetz sich schwerer und langsamer entwickeln wird, als auf einem ihm frei gelassenen Gebiet, so kann es doch andererseits nicht fehlen, daß je entschiedener das Bedürfniß und das auch äußerlich bethätigte allgemeine Rechtsbewußtsein einer gesetzlichen Vorschrift widerstreben, dieselbe sich um so eher außer Uebung gesetzt finden wird.

§. 33.

Das Herkommen.

Wenn das Volksrecht, wie es bisher dargestellt worden, unmittelbar aus der Sitte und den Lebensverhältnissen hervorgeht, und das in denselben wirkende Princip schon durch die in einem bestimmten Sinn vorgenommene Uebung zum Rechtsprincip erhoben wird; so zeigt sich bei dieser Art der Rechtsbildung ein Moment wirksam, welches dann vermißt wird, wenn irgend eine Regel, welche an und für sich in der Natur der Sache nicht begründet ist, nur durch die lange Dauer der Uebung, durch den inveterirten Brauch zu einem wirklichen Rechtssatz erhoben wird. Eine solche Norm erscheint anfangs, wenn sie zuerst aufkommt und beobachtet wird, als das Ergebniß des Zufalls oder der Willkühr, wenn auch so gut Gründe der Zweckmäßigkeit und Billigkeit, als blos äußere, ja selbst schädliche Einflüsse auf die Wahl derselben Einfluß haben können. Man bleibt aber bei derselben stehen, man *gewöhnt sich* daran, und so gestaltet sich am Ende, was ursprünglich nur vom freien Willen abhing, zu einer Sache des Zwangs: die Uebung geschieht im Gefühl der rechtlichen Nothwendigkeit, und die Regel, welche allmählich in das Rechtsbewußtsein des Volkes übergegangen ist, bekommt dieselbe bindende Kraft, als ob sie aus der Natur der Verhältnisse selbst entsprungen wäre. Das ist *das Herkommen*. Die ältere Theorie faßte das Gewohnheitsrecht überhaupt unter diesem Gesichtspunkte auf; dagegen erfolgte dann in der historischen Schule die Reaction, welche, die Uebung nur als Kennzeichen

des Gewohnheitsrechts würdigend, dem Herkommen gar keine selbständige Gültigkeit beilegte. Aber wenn auch das Volksrecht in dem Sinn, wie es oben dargestellt worden, vorzugsweise als das Ergebniß einer normalen Rechtsbildung anzusehen ist, so darf doch auch, wenn man den positiven Rechtsstoff nicht willkührlich verkürzen will, das Herkommen unter den Rechtsquellen nicht übergangen werden. Die lange, gleichmäßige Dauer der Uebung ersetzt hier für die Rechtsregel den Mangel der innern Nothwendigkeit, indem das Gesetz der Continuität seine Wirksamkeit äußert[1]).

Es ist hier nun zunächst von dem Herkommen zu handeln, welches sich im Volke und durch dessen Uebung bildet; eine andere Frage ist es, ob sich nicht Einflüsse geltend machen können, welche, ohne daß das Volk unmittelbar dabei thätig ist, doch eine Rechtsbildung hervorrufen können, der außerhalb des Volksrechts eine Stelle angewiesen werden müßte. Davon soll im folgenden Paragraph gehandelt werden; allein der vorher aufgestellte Begriff des Herkommens ist noch in anderer Weise näher zu begrenzen und vor Verwechslung zu sichern. Einmal bezeichnet man mit Herkommen oder Observanz, seltener mit Gewohnheit auch wohl eine solche Ausübung eines concreten Rechtsverhältnisses oder speciell einer Befugniß, welche ihrer langen Dauer wegen als Rechtstitel gelten, oder doch die Vermuthung für das Vorhandensein eines solchen begründen soll. Allein dieser Begriff bezieht sich nicht auf das Recht im objectiven, sondern auf das im subjectiven Sinne, und gehört nicht zur Lehre von den Rechtsquellen, sondern zu der von der Verjährung, namentlich der

---

[1]) Vgl. Beseler, Volksrecht und Juristenrecht S. 77 ff. — Puchta, Gewohnheitsrecht I. S. 167 ff. II. S. 5 ff. erklärt es für unbegreiflich, daß aus dem factum das jus entstehen soll, während doch gerade in der Dauer der Uebung der allmähliche Uebergang vermittelt wird. Er geht so weit, da wo unzweifelhaft ein Herkommen im oben bestimmten Sinne vorliegt, nämlich bei dem Reichsherkommen, welches unsere deutsche Nationalverfassung zum großen Theile zerstört hat, — zu einer Fiction seine Zuflucht zu nehmen, indem er (a. a. O. S. 227.) eine autonomische Rechtsbildung durch stillschweigenden Vertrag (s. oben §. 28. Note 7.) annimmt, wozu aber doch wohl jedenfalls die Zustimmung des Kaisers erforderlich gewesen wäre. — v. Savigny, System I. S. 35—37. nimmt wenigstens an, daß in der Natur vieler Bestimmungen, namentlich über Zahl, Maaß, Form eine relative Gleichgültigkeit liege, welche eben nur irgend eine Normirung erheische, und daß hier die Gewohnheit auf die Rechtsbildung selbst Einfluß habe, was er sonst leugnet. — Stahl, Rechts- und Staatslehre I. S. 208. räumt nun die selbständige Gültigkeit des Herkommens ein, selbst wenn es dem nationalen Rechtsbewußtsein im Allgemeinen nicht blos gleichgültig, sondern sogar widersprechend ist. — Es ist dieser Punkt auch namentlich deswegen wichtig, weil man, falls ein Herkommen als solches nicht statuirt wird, nur zu leicht hingerissen wird, den dadurch begründeten Normen einen höheren Werth beizulegen, als ihnen ihrer Natur nach zukommt, und daher die Hand des Gesetzgebers von der Reform zurückzuhalten.

unvordenklichen[2]). — Außerdem versteht man unter Herkommen oder Observanz eine besondere, durch den Gegenstand bestimmte Art des ungeschriebenen Rechts, z. B. das Gewohnheitsrecht im Staatsrecht[3]), und am häufigsten das von den Corporationen ausgebildete Gewohnheitsrecht[4]). In diesem letzteren Sinn, der am Besten mit dem Ausdruck Observanz bezeichnet wird, steht es dem Statut gegenüber, welches auf Grund der Autonomie durch einen bestimmten Act der Willenserklärung gesetzt wird. Es erscheint aber als Theil des Volksrechts, indem nur die engen Grenzen der Geltung seinen unterscheidenden Charakter bilden, was freilich auch auf den Reichthum des Inhalts nicht ohne Einfluß zu sein pflegt. Die Observanz der einzelnen Corporationen tritt daher meistens nur in einzelnen durch das Herkommen begründeten Rechtssätzen auf.

Was nun die allgemeinen Erfordernisse des Herkommens betrifft, so sind hier die des Gewohnheitsrecht überhaupt zu nennen: die Uebung und das Rechtsbewußtsein. Aber die erstere ist nicht durch die Natur der Verhältnisse begründet, und bedarf eben der langen Dauer, der allmählichen Gewöhnung, um die zur Rechtsbildung nöthige Kraft zu gewinnen. Das ist nicht nur insofern von Interesse, als dadurch die verschiedenen, so zu sagen psychologischen Motive, welche dabei wirksam sind, bezeichnet werden[5]), sondern es hat auch eine unmittelbar praktische Bedeutung, und zwar in Beziehung auf die Erkundung des Rechtssatzes. Im Allgemeinen nämlich kommt zwar auch für das Herkommen die Regel zur Anwendung, daß der Richter das Recht kennen und selbständig darnach forschen soll; was darüber für das Volksrecht überhaupt gesagt worden, hat auch hier seine Geltung. Allein es fehlt dabei eben der Anhalt, welcher in der Anschauung der Rechtsverhältnisse und des in

---

[2]) Puchta a. a. O. II. S. 114—119. — Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht I. §. 3. Note 23. — Seuffert I. Nr. 9. III. Nr. 356. IX. Nr. 116. 243. X. Nr. 190. XI. Nr. 2. XIV. Nr. 193. XIX. Nr. 107. XXI. Nr. 10. XXIX. Nr. 209. Vgl. unten §. 52.

[3]) Pütter, institutiones juris publ. §. 44.

[4]) Mühlenbruch, doctr. pand. I. §. 40. — v. Savigny, System I. S. 44 ff. Ersterer rechnet zur Observanz auch die von den einzelnen Behörden in ihrem Geschäftskreise eingeführten Normen, wogegen, die Gültigkeit dieser Rechtsbildung vorausgesetzt, nichts einzuwenden. — v. Savigny beschränkt den Ausdruck nur auf das Recht derjenigen Corporationen, welche keine Gemeinden sind, während er denselben für das Gewohnheitsrecht der einzelnen Stände gebraucht, was aber dem Sprachgebrauch nicht gemäß ist. — Im Sinn des stillschweigenden Statuts nimmt die Observanz nach dem Vorgange älterer Juristen Eichhorn, Einleitung §. 25; vgl. oben §. 28. Note 7.

[5]) Darauf will Falck, Archiv für Geschichte u. s. w. 4. Jahrg. 2. Heft. S. 224. die Bedeutung des Unterschieds beschränken. — Es ist übrigens nicht zu übersehen, daß hier von der Rechtsbildung durch Herkommen im Volke gehandelt wird.

ihnen wirkenden Princips geboten ist; statt dessen muß ein besonderes Gewicht auf ein anderes Moment gelegt werden, welches für das Volksrecht sonst von keiner so entscheidenden Bedeutung ist, nämlich auf die lange Dauer der Uebung, wodurch eben, wenn Zweifel über die Existenz des Rechtssatzes vorliegen, die Entstehung und also auch die Gültigkeit desselben dargethan wird. Das trifft gleichmäßig die Erkundung des Herkommens, sei sie zu wissenschaftlichen oder zu praktischen Zwecken angestellt, und in letzterer Beziehung namentlich auch die Beweisführung, welche eine Partei zur Unterstützung des Richters übernimmt. Wie lange aber die Uebung des Rechtssatzes gedauert haben muß, das läßt sich für diesen Fall ebensowenig genau bestimmen, wie es die frühere Theorie über den Beweis des Gewohnheitsrechts überhaupt vermochte. Je häufiger und gleichmäßiger die Uebung, desto eher wird sie sich natürlich zu einer festen Gewohnheit ausbilden und als solche in das Rechtsbewußtsein des Volkes übergehen[6]).

B. Das Juristenrecht.

§. 34.

Begriff und Erfordernisse.

Das Recht entsteht ohne die Sanction des Gesetzgebers nicht allein unmittelbar im Volke und durch das Volk, sondern es können auch in andern Kreisen Einflüsse thätig werden, welche durch die Dauer und die intensive Kraft ihrer Einwirkung eine neue Rechtsbildung hervorrufen. So hat im Mittelalter die Kirche eine Macht errungen, durch welche es ihr möglich ward, über das ihr ursprünglich angewiesene Gebiet hinaus das Rechtswesen in den wichtigsten Beziehungen zu bestimmen, und zwar nicht allein durch Gesetze, zu deren Erlassung die päpstliche Gewalt, von welcher sie größtentheils ausgingen, sich erst allmählich auf dem Wege der Usurpation und des Herkommens befähigte, sondern auch durch Gewohnheiten, welche früher in diesem Kreise als unzweifelhafte Rechtsquelle wirksam waren. Aber auch jetzt noch sind sie dafür anzuerkennen, insofern kirchliche Angelegenheiten nicht durch die Staatsgewalt und das Volk in seiner politischen Gestaltung ihre Anordnung erhalten[1]). — Aehnlich wie in der Kirche verhält es sich mit dem Staatsrecht. Auch hier finden wir durch die Macht der als Träger der öffentlichen Gewalt constituirten Behörden einen Einfluß begründet, welcher, ohne daß das Volk unmittelbar dabei betheiligt wäre oder gesetzliche Normen erlassen

---

[6]) Vgl. Seuffert II. Nr. 122. 251. III. Nr. 255. 256. IV. Nr. 94.

[1]) J. H. Boehmer, J. E. P. lib. I. tit. 4. — Puchta, das Gewohnheitsrecht II. S. 264 ff.

würden, für gewisse Verhältnisse zur wahren Rechtsbildung geführt hat, und als Staatsherkommen oder Staatspraxis bezeichnet zu werden pflegt[2]). Dieselbe Erscheinung wiederholt sich auf dem Gebiete des Völkerrechts. Für die internationalen Beziehungen der souveränen Staaten unter einander hat sich eine Rechtsordnung gebildet, welche, auch insofern sie auf dem Gewohnheitsrechte beruht, nicht durch das Volk selbst hervorgerufen und geübt wird. In ähnlicher Weise nun, wie in diesen Fällen, hat sich die Einwirkung der Juristen auf die Rechtsbildung geltend gemacht.

Insofern unter den Juristen die Rechtsverständigen im Volke gemeint sind, welche vermöge ihrer Kenntnisse und Erfahrungen einen besonderen Einfluß auf das Rechtswesen und auch auf die Erzeugung des Gewohnheitsrechts ausüben, ist es klar, daß sie keinen nothwendigen Gegensatz zu dem übrigen Volke bilden; daß sie dasselbe vielmehr, wenn die Verhältnisse nur ihren naturgemäßen Entwickelungsgang nehmen, im Bereich ihrer Thätigkeit vertreten, gewissermaßen die äußerste Spitze seines Rechtsbewußtseins bilden, und daher, wenn man die Sache im Ganzen und Großen betrachtet, in das Volk wieder aufgehen und als Theil vom Ganzen absorbirt werden. — Nun geschieht es freilich meistens, daß in Folge geschichtlicher Entwickelungen das Recht selber verworrener und krauser wird, so daß die genaue Kenntniß und sichere Beherrschung desselben immer schwieriger zu erlangen ist, während bei der vorgeschrittenen Bildung die allgemeine Anschauung und der durch das Rechtsgefühl bestimmte Tact für die Anwendung des Rechts nicht mehr ganz ausreichend erscheinen. Dann bildet sich eine Jurisprudenz und die Beschäftigung mit dem Recht wird vorzugsweise Sache eines besondern Berufs, in welchem sich die Juristen von dem übrigen Volke unterscheiden[3]). Allein dadurch ist an und für sich noch kein Gegensatz gegeben; die Juristen werden vielmehr die Aufgabe haben, den vorhandenen Rechtsstoff seinem ganzen Umfange und seinem innern Zusammenhange nach zu erfassen, und ihn zum vollen Verständniß und zur sichern Anwendung zu

[2]) Nicht allein in früheren Zeiten, wo die Gesetzgebung noch lässiger geübt ward, war das Herkommen für die Ausbildung des Reichs- und Territorialstaatsrechts ein wichtiges Moment (s. Pütter, institutiones jur. publ. §. 44—47.), sondern auch jetzt noch ist dieselbe Quelle wirksam. Das Rechtsverhältniß der Staatsdiener in seiner gegenwärtigen Gestalt z. B. beruht zum großen Theile darauf; s. Heffter, Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht I. S. 131.

[3]) Gewöhnlich erklärt man das Bedürfniß eines besonderen Juristenstandes aus der Beschaffenheit der Rechtsverhältnisse; aber nicht so sehr diese, als die Beschaffenheit des Rechts ist hier entscheidend. Im 12. Jahrhundert z. B. waren, wenigstens wie es mir scheint, die Rechtsverhältnisse in Deutschland verworrener, als jetzt, und das Volk beherrschte sie doch, ohne daß ein eigener Juristenstand vorhanden gewesen oder vermißt worden wäre.

bringen. Dazu gehört denn auch namentlich, daß sie die allgemeinen Rechtsprincipien in ihrer ganzen Bedeutung erkennen, und diejenigen Rechtssätze, welche mit logischer Nothwendigkeit aus ihnen hervorgehen, mit juristischer Consequenz abzuleiten wissen. Doch ist das keine Rechtserzeugung, sondern Rechtsentwickelung, welche, je nachdem Gesetz oder Gewohnheit das Einzelne mehr oder weniger genau und ausführlich normirt haben, eine größere oder geringere Freiheit für sich in Anspruch nehmen darf[4]).

Also auch dann, wenn die Juristen durch ihren besonderen Beruf von dem übrigen Volke unterschieden sind, findet noch nicht nothwendig eine unmittelbare und selbständige Einwirkung auf die Rechtserzeugung von ihrer Seite statt; ihr Einfluß in dieser Beziehung wird nur dem Grade nach verschieden sein von dem der Laien, und ein eigenes, durch die Juristen gebildetes Recht im Gegensatz zu dem Volksrecht ist daher im Allgemeinen nicht als begründet anzunehmen. Aber es können allerdings Zustände vorkommen, in welchen die Juristen eine so unbedingte Herrschaft über das Rechtswesen ausüben, daß es ihnen möglich wird, ihre Rechtsansichten zur Geltung zu bringen ohne Rücksicht darauf, ob sie mit dem Rechtsbewußtsein und den Bedürfnissen des Volkes übereinstimmen oder nicht[5]), und wo von ihnen eine selbständige Rechtserzeugung ausgeht. Dies ist in Deutschland der Fall gewesen, seitdem mit der Reception des römischen Rechts die deutschen Juristen ihre Ansichten und Ueberzeugungen mehr aus den fremden, als den einheimischen Rechtsquellen schöpften, und zugleich mit der Umänderung des Gerichts-

---

[4]) Man hat dies aus den Rechtsprincipien abgeleitete Recht als ein eigenes Recht der Wissenschaft dem Gesetzes- und Volksrecht gegenüber gestellt; Puchta, Gewohnheitsrecht II. S. 15. 16 und Cursus der Institutionen I. S. 36. 37. Aber eine Rechtserzeugung ist darin nicht anzuerkennen, wenn nicht etwa durch die Handhabung der Rechtsprincipien neue Institute geschaffen werden, z. B. durch eine Combination des Vertrags und der Beerbung der Erbvertrag. Dann liegt aber ein eigentliches Juristenrecht vor. Vgl. v. Savigny, System I. S. 45—50.

[5]) Wie die Juristen überhaupt von dem nationalen Rechtsbewußtsein abfallen können, so auch in Beziehung auf die Rechtserzeugung; vgl. Stahl, Rechts- und Staatslehre I. S. 203. — Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I. §. 10. Note 3. 4. §. 16. Note 7. — Es kommen hier freilich verschiedene Ansichten vor, welche mit der allgemeinen Auffassung des Gewohnheitsrechts zusammenhängen. So erkennen einige die Juristen nur als die natürlichen Vertreter des Volks in seinem nationalen Rechtsbewußtsein (Puchta a. a. O. S. 14—28. — v. Savigny a. a. O. I. S. 45—50. 95; s. jedoch IV. S. 318.), andere dieselben als Vertreter des Staates (Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 28 ff.) für befugt zur Rechtsbildung an. Es kommt dann aber freilich noch darauf an, mit welcher Consequenz die Bedeutung dieser Attribute für die vorhandene Rechtsbildung geltend gemacht wird.

wesens und der Ausbildung des modernen Beamtenthums das Volk fast von jeder selbständigen Theilnahme an der Rechtspflege ausgeschlossen ward[6]). Von da an datirt sich in Deutschland die Entstehung eines eigenen Juristenrechts, welches durch die Lässigkeit der Gesetzgebung begünstigt, anfangs hauptsächlich auf der übereinstimmenden Ansicht der Juristen, der communis D. D. opinio basirt[7]), später als usus fori, Gerichtsgebrauch, Praxis aufgefaßt ward[8]), und auch jetzt einen bedeutenden Theil des geltenden gemeinen Rechts ausmacht. Inwiefern diese Rechtsbildung auch später noch in Deutschland weiter geführt werden wird, das hängt davon ab, in welchem Maaße die Energie des Volkslebens und der Gesetzgebung den Einfluß der Juristen zurückdrängen, und deren Ansichten einer bestimmt ausgeprägten nationalen Richtung dienstbar machen wird[9]). Denn das Juristenrecht ist eben nur ein Ausfluß der thatsächlich begründeten Macht des Juristenstandes, welche diese Form des Gewohnheitsrechts hervorruft. Deswegen steht es aber unter den allgemeinen Grundsätzen, welche für die Entstehung des Gewohnheitsrechts gelten, und setzt namentlich die beiden Haupterfordernisse desselben voraus: das Rechtsbewußtsein und die Uebung. Es ist nur noch näher zu zeigen, wie diese beiden Momente in dieser bestimmten Anwendung sich verhalten[10]).

a) Das Rechtsbewußtsein muß nach der gegenwärtigen Stellung der deutschen Jurisprudenz ein wissenschaftliches, mit Gründen zu be-

---

[6]) Die hier geschilderte Stellung der deutschen Juristen und ihr bestimmender Einfluß auf die Rechtsbildung ist etwas Thatsächliches, und muß von jedem anerkannt werden, der unbefangen genug ist, ein Factum gelten zu lassen, auch wenn man es nicht für wünschenswerth und heilsam hält. Vgl. Jordan im Archiv für civ. Pr. VIII. S. 247—49.

[7]) So äußert sich noch Schilter, praxis for. Exerc. II. §. 4. Atque communem interpretum consensum hodieque vim juris habere non video cur ambigas.

[8]) Dies bestimmte Hervorheben des Gerichtsgebrauchs im Gegensatz zu der gemeinen Meinung der Juristen habe ich zuerst bei Mevius gefunden; s. z. B. ad jus lub. II. 1 ad rubr. nu. 60. 95.

[9]) Die neueren Gesetzbücher, welche aus einer umfassenden Codification hervorgegangen sind, können begreiflicher Weise das Juristenrecht nicht anerkennen; s. Pr. A. L. R. Einleitung §. 6. vgl. mit §. 1. und §. 60. und Bornemann, systematische Darstellung (2. Aufl.) I. S. 37. — Oesterr. Gesetzbuch §. 12. — Das Baierische Landr. Th. I. Cap. 2. §. 14. faßt die Sache nach dem Standpunkte der damaligen Theorie auf; vgl. dazu v. Kreittmayr, Anmerkungen Nr. 2. 3.

[10]) Mit den hier gegebenen Ausführungen stimmen im Wesentlichen überein: Bethmann-Hollweg, Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen Civilprozeß (Berlin 1821) S. XXIV—XXXIII. — Kierulff, Theorie I. S. 37—41. — Stahl, Rechts- und Staatslehre I. S. 187. 188. 204—6. S. auch Hasse im rhein. Museum für Jurispr. II. S. 399. 423. ff.

legendes sein, daher Rechtsüberzeugung; und diese muß sich als die gemeine Meinung der Juristen, nicht blos als die Ansicht Einzelner darstellen. Dagegen ist es der Wirkung nach gleichgültig, ob diese gemeine Meinung an und für sich auch wirklich begründet, oder ob sie ursprünglich eine irrthümliche war[11]).

b) Die Uebung liegt auch hier in der Beobachtung des Rechtssatzes als solchen. Insofern nun die Juristen hauptsächlich[12]) durch ihre Theilnahme an den Gerichten Veranlassung finden, ihre rechtliche Ueberzeugung geltend zu machen und sie ins Leben einzuführen, so ist es eben die, vornehmlich in den Präjudicien dargelegte Praxis der Gerichtshöfe oder der Gerichtsgebrauch, in dem sich die Uebung des Juristenrechts darstellt. Doch muß man den Gerichtsgebrauch auf die Gesammtheit der Gerichte als der bei der Erzeugung des Juristenrechts thätigen Factoren beziehen, und nicht blos an die Observanz einzelner Collegien denken, wodurch im Kreise ihrer Competenz für gewisse Punkte des formellen Rechts eine Regel festgestellt werden kann[13]).

---

[11]) Das römische Recht, welches in Deutschland von den Juristen irrthümlich als geltendes Recht angewandt ward, wäre nicht für recipirt zu halten, wenn der Irrthum über die Rechtsregel die Begründung des Gewohnheitsrechts ausschlösse. — Abweichende Ansichten über die Bedeutung des Rechtsirrthums bei der Entstehung des Gewohnheitsrechts, namentlich hinsichtlich des unter dem Einfluß der Gerichtspraxis erstandenen, finden sich in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen I. Nr. 115. 120. II. Nr. 49. III. Nr. 50. 59. V. Nr. 34. VI. Nr. 62. VII. Nr. 67. — Seuffert XXXI. Nr. 173., wogegen Zitelmann, Archiv für civ. Pr. LXVI. S. 324—54 eine vollkommen berechtigte Kritik geübt hat. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat namentlich darin gefehlt, daß die particulare Gerichtspraxis nicht mit Rücksicht auf die Frage geprüft wird, ob sie nicht als Ausfluß oder beziehungsweise Grund eines particularen Gewohnheitsrechts zu betrachten ist. Durch die einseitige Kritik der doctrinären Rechtsauffassung, welche vom Standpunkte des gemeinen Rechts als eine irrthümliche erkannt wird (ob immer mit Recht, bleibe dahingestellt), wird der Selbständigkeit der particularen Rechtsbildung zu nahe getreten.

[12]) Doch nicht ausschließlich, da auch Rechtsbelehrungen, schiedsrichterliche Aussprüche u. s. w. hier in Betracht kommen.

[13]) Die Meisten, welche den Gerichtsgebrauch in seinem Verhältniß zum Gewohnheitsrecht abhandeln, denken nur an diese isolirte Stellung einzelner Gerichte, ohne ihre Thätigkeit im Ganzen zusammenzufassen. S. E. A. Haus, Versuch über den rechtlichen Werth des Gerichtsgebrauchs, Erlangen 1798. — Thibaut, System I. §. 16. 19. — Mühlenbruch, doctr. pand. I. §. 40. — v. Wächter, im Archiv für civ. Pr. XXIII. S. 437—46. — Brinckmann, das Gewohnheitsrecht I. S. 35 ff. — Reyscher, in der allg. Monatsschrift (Halle 1851.) II. S. 444—59. — Die Reichsgeriche sollten nach den gesetzlichen Bestimmungen ohne Zweifel durch ihre Präjudicate, sowie in Sachen des formellen Rechts durch die Observanz (stylus) gebunden sein; s. Landfr. Friederichs II. v. 1235. Art. 15. (Pertz L. L. II. p. 318.). — R. A. v. 1570. §. 75—77. (N. S. III. p. 297.). —

§. 35.
Verhältniß des Juristenrechts zum Volksrecht.

Das Juristenrecht hat seine Quelle in der thatsächlich begründeten Macht des Juristenstandes über das Rechtswesen, welche sich als Gewohnheitsrecht offenbart hat. Es kann also nur soweit gültig werden, als jene Macht reicht, sei es nun, daß der Einfluß des Volkes auf die Rechtsbildung dadurch ganz ausgeschlossen ist, oder daß das Volk bestimmt wird, sich dem Inhalt des Juristenrechts zu fügen, und denselben als gültiges Herkommen anzuerkennen und zu befolgen, oder sich wenigstens gleichgültig dagegen zu verhalten, und durch keine selbständige Rechtsbildung ihm entgegen zu treten. Ob das nationale Rechtsgefühl mit dem Juristenrecht übereinstimmt oder sich in Widerspruch mit demselben befindet, entscheidet an und für sich nichts über die Gültigkeit; nur wenn Letzteres in einem solchen Grade der Fall ist, daß das Volk im Rechtsleben seinen eigenen Weg geht, und soweit dies in Opposition mit den Gerichten geschehen kann, die seinem Rechtsbewußtsein entsprechende Regel auch in der Uebung der Lebensverhältnisse zur Anwendung bringt, — nur dann kann gegen die Ansichten der Juristen und die Praxis der Gerichtshöfe ein Volksrecht bestehen, welches die Ausbildung des Juristenrechts verhindert, und die unmittelbare Anerkennung von einer mehr erleuchteten Rechtswissenschaft erwarten darf. Es sind demnach folgende Fälle zu unterscheiden.

a) Auf einzelne Partien des Rechts hat das Volk fast jeden unmittelbaren Einfluß verloren, weil es nicht mehr oder, wo in neuerer Zeit eine Reform angebahnt ist, doch nur in beschränkter Weise, an der Rechtspflege Theil nimmt. Dahin gehören namentlich der Proceß und das Strafrecht. Denn auch bei diesem letzteren handelt es sich nicht um Rechtsverhältnisse, welche, im Volksleben selbständig begründet, in sich schon die Norm ihrer Beurtheilung enthalten; sondern die Strafe steht über dem Verbrechen, welches sie wohl hervorruft, aber nicht ihre

---

R. D. A. v. 1600. §. 141. (ebendas. p. 495.). — J. R. A. v. 1654. §. 136. (ebendas. p. 665.); vgl. Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 31. Note 5. Doch beweist schon die öftere Wiederholung der Vorschrift, daß sie nicht gehörig befolgt ward. — Ueber die in neuerer Zeit gemachten Versuche, den Plenarbeschlüssen der höchsten Gerichtshöfe eine besondere Autorität beizulegen (den gemeinen Bescheiden des älteren Rechts zu vergleichen) und namentlich über das preuß. Gesetz v. 1. Aug. 1836. s. Bornemann, systemat. Darstellung des preuß. Civilr. I. S. 41. 42. Vgl. Roth, bayr. Civilrecht I. §. 10. — v. Wächter, Handbuch des württemb. Privatr. I. S. 45. Note 11. — Kuntze, das jus respondendi in unserer Zeit. Leipzig 1885.

Quelle ist. Der Proceß und das Strafrecht haben daher vor den neueren großen Reichsgesetzen ihre gemeinrechtliche Beschaffenheit im Wesentlichen durch die Juristen erhalten; von ihnen sind die Elemente des fremden und einheimischen Rechts modificirt, ergänzt und zu einem neuen, selbständigen Systeme verarbeitet worden[1]).

b) Im Privatrecht wird eine so unbedingte Herrschaft der Juristen nicht leicht statt finden, denn selbst wenn es sich um Rechtsverhältnisse handelt, bei deren Entstehung das Volk selbst nicht unmittelbar thätig ist, z. B. hinsichtlich der Intestaterbfolge, kann es doch auf verschiedene Weise der seinem Rechtsbewußtsein widerstrebenden Ansicht der Juristen entgegen wirken, indem es z. B. zu außergerichtlichen Erbtheilungen schreitet oder durch letztwillige Verfügungen die Erbfolge regulirt. Noch bestimmter aber zeigt sich dieser fortdauernde Einfluß des Volkes auf das Rechtswesen in denjenigen Verhältnissen, welche unmittelbar von den Betheiligten selbst hervorgerufen werden, und der Einwirkung der Juristen nur insofern unterworfen sind, als diese bei der Begründung von Amtswegen, z. B. bei der Bestellung eines öffentlichen Pfandrechts, oder als Rechtsbeistände thätig sind, oder auch im Fall eines Processes darüber zu erkennen haben. Auch für solche Verhältnisse kann sich indessen ein Juristenrecht gebildet haben, entweder in selbständiger Haltung oder durch die Anneigung römischrechtlicher Vorschriften. Dies ist nämlich der Fall, wenn das Volk sich demselben unterworfen hat und sich darnach richtet, sei es nun, weil es sein Bedürfniß darin befriedigt findet oder weil es durch die Macht der Gewohnheit und die Consequenz der Juristen zur Anerkennung der ihm vorgehaltenen Rechtsregel genöthigt worden ist, indem ihm im letzteren Fall die Energie fehlte, das ursprüngliche Volksrecht gegen die davon abweichenden Normen selbständig aufrecht zu erhalten. Das Volk wird sich dann gegen das Juristenrecht mehr passiv verhalten, und nur in einzelnen Fällen die Rechtsverhältnisse in der ihm gemäßen Weise einzurichten suchen, soweit die Natur des vermittelnden Rechts dies gestattet. So stellt sich z. B. das bedenkliche Princip der allgemeinen Klagbarkeit formloser Verträge, welches nur durch die Juristen aufgebracht worden, im Geschäftsleben weniger störend dar, als man denken sollte, nicht nur weil viele Particularrechte für die wichtigeren Verträge davon abgewichen sind, sondern hauptsächlich auch deswegen, weil der

---

[1]) Selbst die Reichsgesetze, namentlich die P. G. O. und der J. R. A. haben mehr als Anhalt gedient, an den sich das Juristenrecht in seiner Ausbildung ansetzte, als daß sie dasselbe beherrscht und seinem Inhalte nach bestimmt haben. — Ueber die Bedeutung des Juristenrechts für das Staats- und Kirchenrecht s. Beseler, Volksrecht und Juristenrecht S. 338—41.

verständige Mann nöthigenfalls für die gehörige formelle Abschließung des Vertrags zu sorgen pflegt.

c) Es bleibt nun aber noch der Fall zur Erwägung übrig, wenn die Ansichten der Juristen so sehr in Widerspruch mit der Sitte und den Bedürfnissen des Volkes stehen, daß dieses sich energisch zusammen nimmt, um seine Rechtsverhältnisse in der ihrer Natur gemäßen Weise aufrecht zu erhalten, und unbekümmert um die ihm entgegen gehaltene fremde Regel fortfährt, die von ihm als richtig erkannte beharrlich und consequent zu beobachten. Wenn ein solches Bestreben mit vollem Bewußtsein sich geltend macht, so wird man auch bemüht sein, die Juristen, falls man sie nicht, wie es dem hohen Adel gelungen ist, nöthigen kann, sich zu der populären Rechtsansicht zu bekehren, von den Geschäften möglichst fern zu halten, und namentlich durch die Wahl von Schiedsmännern der Einleitung von Rechtsstreitigkeiten vorzubeugen[2]). Aber auch wenn es zu richterlichen Erkenntnissen gekommen ist, welche dem in dem Rechtsbewußtsein des Volkes noch lebendigen, in den Verhältnissen geübten Volksrecht entgegen treten, ist dieses dadurch nicht beseitigt; es verhindert eben die Ausbildung des Juristenrechts, und hat einen Anspruch auf volle Anerkennung, welche ihm auch der Jurist, der sich von wahren Lage der Sache überzeugt hat, nicht verweigern darf. So hat sich gegen die verkehrte Theorie der älteren, romanisirenden Jurisprudenz, die auch in den Gerichten ihre Vertretung fand, ein Theil des deutschen Volksrechts erhalten, wovon besonders das Recht der Genossenschaften, der Familie, des Grundbesitzes, des Handels u. s. w. reichliche Beispiele geben, und es gehört gerade zu den schönsten und wichtigsten Aufgaben der Germanisten, dieses noch im Volksleben geübte und mit dem Wechsel der Verhältnisse sich stets neu gestaltende Recht immer mehr zum wissenschaftlichen Verständniß und zur Anerkennung zu bringen. Aber auf der andern Seite erheischt es auch die Achtung vor dem positiven Rechte, das Juristenrecht, wenn es einmal durch die Gewohnheit begründet worden, als gültig anzuerkennen, und namentlich auch hier den principienmäßig ausgebildeten Rechtsinstituten die ihnen gebührende Bedeutung nicht zu

---

2) Wie wirksam diese Schiedsmänner früher im Kreise des Adels und des Handelsstandes gewesen, ist bekannt, und nichts wies bestimmter auf die Nothwendigkeit einer durchgreifenden Reform unseres heutigen Rechtswesens in materieller und formeller Beziehung hin, als die weitverbreitete Neigung des Volkes, durch gewillkührte Schiedsgerichte sich dem Spruch der vom Staat bestellten Gerichtshöfe zu entziehen. Vgl v. Buttel, über die Geltung des römischen Rechts S. 46 ff. In neuerer Zeit hat die Gesetzgebung selbst die populäre Reform der Gerichtsverfassung ins Auge gefaßt, namentlich durch die Einführung der Schwurgerichte, Schöffengerichte und Handelsgerichte.

versagen. Damit ist dem Recht der Gesetzgebung, sich gegen den vorhandenen Rechtsstoff reformirend zu verhalten, natürlich nichts vergeben; und wie überhaupt in jedem Entwickelungsproceß die Zustände der Veränderung unterworfen sind, und die verschiedenen Factoren, welche bei der Production thätig sind, nicht immer dieselbe Bedeutung bewahren und zu einander in wechselnden Beziehungen stehen; so kann es auch geschehen und ist zum Theil schon geschehen, daß die Juristen ihr Verhältniß zum Volksrecht ändern, und dadurch auch allmählich das früher begründete Juristenrecht seinem Inhalte nach demselben angenähert und die Zeit vorbereitet wird, wo der Gegensatz zwischen beiden nur in der verschiedenen Art der Begründung erscheint.

§. 36.

Methode des Juristenrechts.

Schon in dem Satze, daß das Juristenrecht einen Theil des Gewohnheitsrechts bildet, sind die wesentlichen Erfordernisse desselben: das Rechtsbewußtsein und die Uebung bezeichnet; auf beide Momente ist daher, wenn es erkundet und dargestellt werden soll, die gehörige Rücksicht zu nehmen. Daß aber dabei das richtige Maaß gehalten, der Rechtsstoff in seinem innern Zusammenhange erfaßt und zur wissenschaftlichen Evidenz erhoben werde, dazu dient die Beobachtung derjenigen Regeln, welche für die juristische Methode in dieser besondern Anwendung aufzustellen sind [1]).

So viel also steht fest, daß die rechtliche Ueberzeugung, die Meinung der Juristen an und für sich, welche in der Gewohnheit noch nicht praktisch bethätigt worden, auch nicht als Rechtssatz anerkannt werden darf. Denn wenn schon den Ansichten bedeutender Juristen, wie nicht zu bezweifeln, eine gewisse Autorität gebührt, so ist das doch nur so zu sagen eine moralische, welche unter Umständen wohl einen bestimmten Einfluß auf die Entscheidung ausüben kann, aber in keinem Falle als Rechtsquelle zu betrachten ist. Selbst einer vollständig ausgebildeten Theorie kommt diese Bedeutung noch nicht zu, so wenig wie dem Willen des Gesetzgebers, dem es noch an der formellen, äußeren Sanction fehlt. Aber umgekehrt ist es auch nicht die in den Präjudicien der Gerichtshöfe dargelegte oder durch zuverlässige Schriftsteller (die Praktiker) bezeugte Rechtsanwendung, die Praxis allein, der das Juristenrecht mit wissenschaftlicher Sicherheit entnommen werden kann. Denn die deutsche Jurisprudenz wenigstens hat wohl mehr durch die Theorie als

---

[1]) Vgl. Beseler, Volksrecht und Juristenrecht Cap. 10.

durch die Praxis ihre principielle Ausbildung erhalten, und die Gerichtshöfe sind namentlich in Beziehung auf das gemeine Recht in ihren Erkenntnissen häufiger den ihnen von den Theoretikern zugetragenen Ansichten gefolgt, als daß sie diese umgekehrt bestimmt hätten. Jedenfalls hat stets eine lebendige Wechselwirkung zwischen beiden Seiten der Jurisprudenz statt gefunden, und nur wer sie in dieser zwiefachen Richtung zu erfassen weiß, wird ein tieferes Verständniß ihres Inhalts und besonders auch desjenigen Theils, der wirklich zum Juristenrecht sich ausgebildet hat, erlangen können[2]). — Aber nicht allein in der Rechtslehre und Rechtsanwendung haben sich die deutschen Juristen thätig gezeigt, sondern auch in der Gesetzgebung, welche lange Zeit fast ausschließlich in ihren Händen lag, und durch welche sie ihren rechtlichen Ansichten eine, mehr oder weniger weite legislative Geltung zu verschaffen wußten, die aber auch umgekehrt wieder auf die Ueberzeugung der späteren Juristen bestimmend zurückwirkte, und ihre Durchführung im Rechtsleben erleichterte[3]).

Wenn nun aber, wie bemerkt worden, in den Präjudicien der Gerichtshöfe vorzugsweise die zur Bethätigung des Juristenrechts nöthige Gewohnheit enthalten ist, so muß auch verlangt werden, daß sich in ihnen die Anwendung des Rechtssatzes in einer gewissen Allgemeinheit und in der für das Herkommen erforderlichen Dauer ausgesprochen findet. In ersterer Beziehung wird namentlich der Unterschied zwischen einer gemeinen und einer blos particularen Praxis zu beachten sein, der früher, besonders zur Zeit, wo die sächsischen Juristen einen so überwiegenden Einfluß ausübten, oft genug übersehen worden ist. Was aber die Dauer betrifft, so genügt es nicht, daß sich die Präjudicien in einer gewissen Reihenfolge wiederholen, sondern es ist auch nöthig, daß unter ihnen eine Art geistigen Zusammenhangs besteht, welcher sie eben als Ausfluß einer bestimmten Rechtsansicht erscheinen läßt, und es gestattet, sie zu dem Begriff der Praxis zusammen zu fassen. Aber auch diese muß wieder in ihrer Bewegung beobachtet werden, damit die Continuität der älteren Praxis mit der heutigen bestimmt erkannt werden kann. Das gilt auch dann, wenn es sich nicht um einzelne Präjudicien, sondern um glaubwürdige Zeugnisse handelt, welche die Praxis unmittelbar be-

---

[2]) S. die oben §. 34. Note 10 citirten Schriftsteller. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 32 ff. hat nicht nur darin gefehlt, daß er eine ganz wunderliche „Beweistheorie" des Juristenrechts aufgestellt, sondern auch darin, daß er Gerichtsgebrauch und Theorie als verschiedene Rechtsquellen behandelt hat.

[3]) Deswegen sind die Particular- und Statutarrechte, auch wenn sie kein eigentliches Volksrecht bezeugen, so wichtig für die geschichtliche Entwickelung der gemeinen deutschen Rechtsideen.

kunden, und hier so gut, wie überhaupt bei dem Gewohnheitsrecht, den Nachweis der einzelnen Fälle der Uebung ersetzen können. In dieser Beziehung darf man es nicht an der nöthigen Vorsicht fehlen lassen, und muß sich namentlich hüten, die Aussprüche älterer Juristen nicht so leicht für noch gültig zu halten. Dazu liegt aber um so eher eine Veranlassung vor, weil seit der Trennung des deutschen Privatrechts von den Pandekten die civilistische Jurisprudenz in der allseitigen Beherrschung des Rechtsstoffes zurückgeschritten ist, und namentlich die Germanisten lange Zeit viel zu wenig dem usus modernus sich zugewandt haben. Es fehlt daher seit jener Periode weit mehr, wie in der früheren, an solchen Autoritäten, welche die Praxis bekunden, und man fühlt sich daher versucht, sie den älteren, bewährten Schriftstellern ohne die gehörige Berücksichtigung der historisch begründeten Verschiedenheiten zu entnehmen. Die sorgfältige Benutzung neuerer Präjudicien muß vor solchen Mißgriffen sichern. Vor Allem aber kommt es darauf an, daß man bei der Erforschung des Juristenrechts eben nicht einseitig verfährt, sondern die allseitige Thätigkeit des deutschen Juristenstandes, deren Product es ist, ins Auge faßt, und die verschiedenen Momente für sich und in ihrer wechselseitigen Einwirkung auf einander in Anschlag bringt.

Wenn aber eine solche Methode schon der Natur des Gegenstandes nach als eine wissenschaftliche bezeichnet werden muß, so läßt sie sich ihrer Hauptaufgabe nach bestimmter charakterisiren. Es ist die Geschichte der Rechtsinstitute oder die Dogmengeschichte, welche hier besonders in Betracht kommt; aber freilich eine solche, welche sich nicht blos an Einzelnheiten und Aeußerlichkeiten hält, sondern den Entwickelungsgang der Jurisprudenz im Allgemeinen und in Beziehung auf bestimmte Institute zu verfolgen, und das Verhältniß der Rechtslehre zur Praxis der Gerichtshöfe und zum Rechtsleben im Volke klar und sicher, soweit die historische Forschung überhaupt es vermag, festzustellen und zur Anschauung zu bringen weiß. Daraus geht denn wieder hervor, daß, so wie das Juristenrecht selbst nur einen Theil unseres positiven Rechts ausmacht, und mit andern Rechtstheilen vielfach vereint und verwachsen ist, — so auch die Methode desselben nicht ausschließlich zur Anwendung kommen kann, sondern nur als eine besondere, durch ihren Gegenstand bestimmte Seite der Rechtswissenschaft überhaupt sich darstellt[4]).

---

[4]) Ich habe in meiner Lehre von den Erbverträgen ein gemeinrechtliches Institut, welches wesentlich auf dem Juristenrechte beruht, nach dieser Methode construirt.

III. Verhältniß der Rechtsquellen unter einander.

§. 37.

A. Im Allgemeinen.

Auch bei einfachen und wohldurchgebildeten Rechtszuständen wird es vorkommen, daß der Inhalt der Rechtsquellen nicht in allen Punkten übereinzustimmen scheint, daß sich Abweichungen und Verschiedenheiten zeigen, welche eine Ausgleichung nöthig machen. Um wie viel mehr muß dies in solchen Staaten der Fall sein, welche nicht nur, wie die meisten deutschen mit andern in einer gewissen Rechtsgemeinschaft stehen, sondern auch in ihrem Particularrechte die größte Mannichfaltigkeit der Rechtsregeln nach ihrem Ursprung, Umfang und Gegenstand aufzuweisen haben. Hier eine sichere und principienmäßige Ausgleichung herbeizuführen, die Quellen ihrem eigenthümlichen Werthe nach und in ihrem gegenseitigen Verhältnisse gehörig zu würdigen, überhaupt den gesammten Rechtsstoff zu durchdringen und zum einheitlichen Rechtssysteme auszubilden, — ist die Aufgabe der wissenschaften Jurisprudenz, welche auch da, wo sich das Recht seinen Hauptzügen nach in einem Gesetzbuch zusammengedrängt findet, freilich nicht entbehrt werden kann, aber doch eine viel leichtere Arbeit hat. Bei der weiteren Durchführung dieser Aufgabe ist dann von der schon früher begründeten Regel auszugehen, daß die Rechtsquellen — Gesetz und Gewohnheit — im Wesentlichen von gleicher Kraft und Wirksamkeit sind, und daß es weniger darauf ankommt, den Vorzug der einen vor der anderen geltend zu machen, als ihre innere Uebereinstimmung, die Herrschaft der Rechtsprincipien, wo sie auch niedergelegt sein mögen, nachzuweisen.

Allein wenn auch den Rechtsquellen im Allgemeinen eine gleiche Bedeutung einzuräumen ist, so giebt es doch Fälle, wo die eine gegen die andere zurückstehen muß, indem die in ihnen enthaltenen Regeln nicht gleichzeitig ihre Anwendung finden können. Die Entscheidung, welcher dann der Vorzug gebührt, hängt aber bald von der Beschaffenheit der Rechtsquellen selbst und der in ihnen enthaltenen Normen ab, so daß ihr Verhältniß zu einander schon den Ausschlag giebt und eine Collision nur scheinbar besteht; bald müssen äußere, die Anwendung bedingende Umstände herbeigezogen werden, um den Vorzug der einen vor der anderen zu begründen. — Für den ersteren Fall, der hier zunächst zu betrachten, finden folgende zwei Grundsätze ihre Anwendung.

a) Die der Zeit nach jüngere Rechtsquelle geht der ältern vor. Diese Regel versteht sich so sehr von selbst, daß es kaum nöthig scheint, sie nur besonders hervorzuheben: denn dadurch, daß ein neues Recht im Gegensatz zu den älteren geschaffen wird, tritt es ja eben an

dessen Stelle und setzt es außer Kraft. So wie nun die sich widerstreitenden Regeln von ganz gleicher Beschaffenheit sind, ist das auch außer Zweifel[1]); nur wenn ein allgemeineres und specielleres Recht in einen solchen Conflict kommen, kann die Lösung schwieriger werden. Doch ist davon schon früher bei der Lehre von der Abänderung der Gesetze näher gehandelt worden[2]).

b) Unter mehreren gleichzeitig geltenden Rechtsquellen geht im Fall des Widerspruchs diejenige vor, welche eine Regel aufstellt, die, mit der andern verglichen, ihrem Inhalte oder dem Umfange der Geltung nach die engere ist. Daher wird, den Fall der Anwendbarkeit natürlich vorausgesetzt, das anomalische Recht dem regelmäßigen, dem allgemeinen bürgerlichen Rechte das Spezialrecht, dem gemeinen das Landesrecht, diesem das Provinzialrecht u. s. w. vorgezogen, so daß das Lokalrecht, welches aber seinem dispositiven Theile nach der Willkühr der Betheiligten wieder unterworfen ist, zuerst seine Anwendung findet[3]).

Anders, wie in diesen Fällen, stellt sich die Sache da, wo nicht die Beschaffenheit der Rechtsquellen und der in ihnen enthaltenen Normen schon die Handhabe für die Ausgleichung des Conflictes bietet, sondern wo äußere Umstände den Ausschlag geben müssen. Dahin gehört der oben (§. 9.) erörterte Fall, wenn auf dem Gebiet des gemeinen Rechts verschiedene Institute deutschen und römischen Ursprungs vorkommen, welche möglicher Weise auf ein und dasselbe Rechtsverhältniß ihre Anwendung finden können. Von anderer Art ist wieder eine Collision, welche dadurch entsteht, daß in verschiedenen Theilen desselben Reichs

---

[1]) Vgl. oben §. 32.

[2]) S. §. 23. — Bei der Frage, inwiefern ein noch bestehendes Volksrecht die Ausbildung des Juristenrechtes verhindern kann (s. oben §. 35.) liegt ein solcher Collisionsfall gar nicht vor, da es sich eben nur um die gültige Entstehung des Rechtssatzes handelt.

[3]) Es hat sich für die Bezeichnung dieses Verhältnisses das Rechtssprichwort gebildet: „Willkühr bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Gemeinrecht." Vgl. hierüber A. W. Götze, das Provinzialrecht der Altmark, Vorrede, und besonders mit Rücksicht auf die geschichtliche Entwickelung: J. Weiske, practische Untersuchungen III. S. 31 ff. — Baier. Landr. Th. 1. Cap. 2. §. 17. „Falls einige von obgedachten willkührlichen Rechten selbst nicht mit einander zusammen stimmen, so soll man am ersten auf die wohl hergebrachten besonderen Freiheiten, sodann auf jedes Orts löbliche Gewohnheiten, Satzungen und Ordnungen, hiernächst auf die General-Landes-Statuten und endlich auf das gemeine Recht sehen." — Gegen die Regel: „Stadtrecht bricht Landrecht" hat L. Rückert, der Begriff des deutschen Privatrechts S. 73. sich erklärt, indem er, wie es scheint, die allgemeine Geltung des Landrechts, welches ja das Stadtrecht neben sich bestehen lassen kann, mit der absoluten verwechselt.

oder in verschiedenen Staaten Rechtsquellen gelten, welche an und für sich von gleicher Kraft, ihrem Inhalte nach von einander abweichen, und doch gleichzeitig auf denselben Fall anwendbar erscheinen. Das ist es, was man gewöhnlich als die Collision coordinirter Rechtsquellen oder Statuten (im älteren Sinne des Wortes) bezeichnet[4]), und wovon hier mit besonderer Rücksicht auf das Privatrecht näher zu handeln ist. Diese beschränktere Darstellung der Lehre gestattet es, die Collision der Rechtsquellen verschiedener Staaten vorzugsweise ins Auge zu fassen, ohne daß es nöthig ist, für diejenige, welche zwischen den verschiedenen Rechtssystemen desselben Staates eintritt, besondere Regeln aufzustellen[5]), denn für das öffentliche Recht bestehen freilich zwischen beiden Arten der Collision sehr wesentliche Verschiedenheiten.

B. Die Collision der Privatrechtsquellen verschiedener Staaten[1]).

§. 38.

1. Princip der Lehre.

Als sich die germanischen Staaten nach dem Untergange des römischen Reichs selbständig constituirten, galt für das Recht der verschiedenen Nationalitäten und Stämme das Princip des Personalrechts, d. h. ein jeder

[4]) Ueber die von v. Savigny gewählte Terminologie s. oben §. 21. Note 1. Andere bezeichnen die Lehre als das Fremdenrecht oder internationale Privatrecht.

[5]) Bar, das internationale Privatrecht §. 28.

[1]) Wächter, über die Collision der Privatrechtsgesetze der verschiedenen Staaten, im Archiv für civ. Pr. XXIV. S. 230—61. 270—311. XXV. S. 1—33. 161—200. 361—419. — Schäffner, Entwickelung des internationalen Privatrechts. Frankf. 1841. — Pütter, das prakt. europ. Fremdenrecht. Leipzig 1845. — v. Savigny, System des heut. röm. Rechts VIII. S. 1—368. — Pfeiffer, das Princip des internationalen Privatrechts. Stuttg. 1851. — Bornemann, Erörterungen I. S. 65—234. — Unger, österr. Privatr. I. §. 22—23. — Heffter, das europ. Völkerrecht der Gegenwart §. 34—39. — Vesque von Püttlingen, Handbuch des in Oesterreich geltenden internationalen Privatrechts. Wien 1860. — Heydemann, Einleitung in das System des preuß. Civilrechts I. S. 97—121. — L. Bar, das internationale Privat- und Strafrecht, Hannover 1862. — R. Schmid, die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen. Jena 1863. — Ueber die ältere Litteratur s. Günther in Weiske's Rechtslexikon s. v. Gesetz IV. S. 721 ff. — v. Savigny a. a. O. S. 8—10. — Bar a. a. O. §. 5—15. — Von den ausländischen Bearbeitern der Lehre sind hervorzuheben: Jos. Story, commentaries on the conflict of laws foreign and domestic (2. edit.). Boston 1841. — Foelix, traité du droit international privé. Paris 1843 (2. edit. 1847.). — Rob. Phillimore. commentaries upon international law (4 voll. London 1854—61.) vol. 4. Private international law (mit besonderer Berücksichtigung der deutschen Literatur).

lebte ohne Rücksicht auf Wohnort und Gerichtsstand nach dem Rechte desjenigen Volkes oder Stammes, dem er nach seiner Geburt angehörte[2]). Dies Princip änderte sich, als in Folge der festen Ansiedlung der Einfluß der Heimath allmählich den der Herkunft überholte, das Landesrecht mit dem Stammesrecht zusammen fiel oder dieses ersetzte[3]). Je mehr dann auf Grund des modernen Staatsprincips die einzelnen Reiche und Lande sich gegeneinander abschlossen[4]), desto unbedingter kam auch das einheimische Recht in denselben zur Anwendung, und statt des frühern Princips des Personalrechts gelangte das Princip des Territorialrechts zur Herrschaft. Allein auch diese wurde keine unbedingte; die souveränen Staaten verharrten nicht in dem Zustande der Vereinzelung gegen einander, sondern traten in das geordnete Verhältniß einer völkerrechtlichen Gemeinschaft, welche nicht allein auf den internationalen Verkehr der Staaten unter einander sich erstreckte. Indem diese sich mit der in ihnen bestehenden Rechtsordnung wechselseitig anerkannten, wurden sie dahin geführt, die absolute Herrschaft des Territorialrechts aufzugeben, und gewisse Rechtsverhältnisse nach fremdem Rechte beurtheilen zu lassen. Anfangs faßte man dies nur als eine nicht zwingende Artigkeit unter den souveränen Staaten (comitas gentium) auf; aber es hat sich die Lehre von der Anwendung fremder Rechte bereits zu einem Institute des positiven Völkerrechts entwickelt, und Wissenschaft und Verkehr drängen auf die Erweiterung dieser internationalen Rechtsgemeinschaft hin[5]).

Allein wenn auch im Allgemeinen anerkannt wird, daß für gewisse Rechtsverhältnisse das fremde Recht zur Anwendung zu bringen ist, so ist damit noch kein Princip für die Lehre gewonnen: die Frage, nach welchen Grundsätzen und für welche Rechtsverhältnisse diese Anwendung statt finden soll, hat die Wissenschaft lange beschäftigt. Die frühere Jurisprudenz spezialisirte die Fälle, in denen eine Collision der einheimischen und fremden Rechtsquellen vorkommen kann, und unterschied darnach statuta personalia, realia und mixta, je nachdem über die Person

---

[2]) v. Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter I. Cap. 3. — Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgesch. I. §. 46. — Walter, deutsche Rechtsgesch. I. §. 146—48. — Hegel, Geschichte der Städteverfassung in Italien I. S. 436—44.

[3]) Eichhorn a. a. O. II. §. 336. — Gaupp, die germanischen Ansiedlungen §. 33—38. — Ders. in der Zeitschr. für deutsches Recht XIX. Nr. 5. — Homeyer, über die Heimath nach altdeutschem Recht S. 49 ff. — Walter a. a. O. §. 314. — Stobbe, im Jahrbuch des gem. Rechts VI. Nr. 2. — Bar a. O. §. 4.

[4]) Quidquid est in territorio est de territorio.

[5]) Vgl. v. Savigny a. a. O. §. 348. 360. — Heffter a. a. O. §. 35. 37. — Phillimore l. c. IV. chap. 1. — Die ältere Auffassung findet sich noch bei Story l. c. §. 35—38. — Foelix l. c. p. 14 ff. (der ersten Ausgabe).

ihre Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit, Statusverhältnisse u. s. w., über die Sachen und über die Handlungen, namentlich über die Form derselben verfügt ist. Im ersteren Fall sollte das Recht des Wohnortes, im zweiten das der belegenen Sache, im dritten das der vollzogenen Handlung zur Anwendung kommen[6]). Aber diese Lehre, obgleich in Landesgesetze übergegangen[7]), und in neuester Zeit möglichst generalisirt[8]), entbehrt eines leitenden Princips, und ist auch nicht so weit als behauptet worden, in das deutsche Gewohnheitsrecht übergegangen[9]). Die fehlende Einheit in der Lehre suchte man nun freilich dadurch zu erreichen, daß man die Regel voranstellte: ein jeder steht hinsichtlich aller ihn betreffenden Rechtsverhältnisse unter den Gesetzen seines Wohnortes oder beziehungsweise seines eximirten Forums oder seiner Heimath[10]). Allein was für die Person gilt, ist deswegen nicht für alle Rechtsverhältnisse derselben bestimmend, zumal wenn diese mehrere Personen berühren[11]). — Nach einer andern Ansicht soll daher das Recht des Ortes entscheiden, wo das Rechtsverhältniß existent geworden[12]), worin aber kein Moment für dessen rechtliche Beurtheilung liegt[13]); oder es wird das Princip der Lehre auf die Nothwendigkeit des Schutzes

---

6) Daher erklärt es sich, daß die Neueren bei dieser Terminologie mehr auf den Ort, wo die Rechtsquellen gelten, als auf ihren Gegenstand Rücksicht nehmen, indem sie unter Personalstatuten das in foro domicilii, unter Realstatuten das in foro rei sitae geltende Recht verstehen, s. Wächter a. a. O. XXIV. S. 256 ff. 277—81.

7) Baier. Landr. Th. I. Cap. 2. §. 17. — — „Dafern aber die Rechten, Statuten und Gewohnheiten in loco Judicii, Delicti, Rei sitae, Contractus und Domicilii unterschiedlich sind, so soll quoad formam processus auf die bey selbigen Gericht, wo die Sache rechtshängig ist, übliche Rechten, mit Bestrafung eines Verbrechens aber auf die Rechten des Orts, wo solches begangen worden, so viel hingegen die bloße Solennität einer Handlung betrifft, auf die Rechten des Orts, wo solche unter Todten oder Lebendigen gepflogen wird, in mere personalibus auf die Statuta in loco Domicilii, und endlich in realibus vel mixtis auf die Rechten in loco rei sitae ohne Unterschied der Sachen, ob sie beweglich oder unbeweglich, körperlich oder unkörperlich sind, gesehen und erkannt werden." Vgl. Pr. A. L. R. Einleitung §. 22—35. — Oesterr. Gesetzb. §. 34—37. 300.

8) Namentlich von Kierulff, Theorie S. 73—82.

9) v. Wächter a. a. O. S. 258 ff. — Unger a. a. O. S. 153—56.

10) Hertius, de collisione legum (opusc. I. p. 91.). Thibaut, System I. §. 38. — Eichhorn, Einleitung §. 34.

11) Vgl. v. Wächter a. a. O. XXV. S. 9—12. — v. Savigny a. a. O. S. 124—26.

12) Schäffner a. a. O. §. 32.

13) Vgl. v. Wächter a. a. O. S. 32. 33. — v. Savigny a. a. O. S. 131—32. — Pfeiffer a. a. O. S. 31—37.

wohlerworbener Rechte zurückgeführt[14]), wobei die Vorfrage, nach welchen Gesetzen die Rechte für wohlerworben gelten sollen, ungelöst bleibt[15]).

Diesen Versuchen, ein leitendes Princip aus der Beschaffenheit der Rechtsverhältnisse zu gewinnen, ist in neuerer Zeit ein anderes gegenüber gestellt worden, welches auf die absolute Wirksamkeit der modernen Souveränetät innerhalb des Bereichs ihrer Herrschaft zurückgeführt wird: in jedem Staate kommt das einheimische Recht zur Anwendung. Allein die unbedingte Geltung dieses Princips, wodurch die Möglichkeit der Anwendung fremder Rechte bis auf die im Landesrecht anerkannten Ausnahmen ausgeschlossen sein würde, wird nur von wenigen behauptet[16]). Gewöhnlich wird es nur mit einer gewissen Beschränkung aufgestellt, welche wieder in zwiefacher Weise begründet wird.

a) Die Entscheidung, ob fremdes oder einheimisches Recht zur Anwendung zu bringen, soll durch die Auslegung der Rechtsquellen selbst gefunden werden. v. Wächter hält den Richter für verpflichtet, die Frage nach seinem Landesrechte zu beantworten, und zwar, wenn es keine ausdrücklichen Bestimmungen darüber enthält, nach dessen Sinn und Geiste; im Zweifel soll er das einheimische Recht anwenden[17]). Allein diese Beschränkung leidet außer ihrer Unbestimmtheit an dem Fehler, daß sie die völkerrechtliche Bedeutung der Lehre nicht in Anschlag bringt[18]). — Neuerdings ist daher eine andere Formulirung versucht worden, welche dahin geht, daß der Richter die Vorfrage nicht allein durch die Auslegung seines Landesrechts, sondern durch die des einheimischen und fremden Rechts lösen soll. Er hat zu fragen, welches Gesetz die streitige Rechtsfrage entscheiden will[19])? Aber darauf wird er selten eine bestimmte Antwort erhalten — und wenn mehrere Gesetze wollen, fehlt es an der principiellen Lösung[20]).

b) Man hat ferner die Beschränkung des Territorialitätsprincips in den Grundsätzen des Völkerrechts zu finden geglaubt. Allein diese führen nicht weiter, als daß sie überhaupt die Durchbrechung jenes Princips in dem heutigen internationalen Rechtsleben constatiren und rechtfertigen; dagegen sind die Regeln, welche bei einer wirklich stattfindenden Collision der Gesetze maaßgebend sein sollen, dem positiven

---

14) F. G. Tittmann, de competentia legum externarum et domesticarum in def. potiss. juribus conjug. Halae 1822.

15) Vgl. v. Wächter a. a. O. S. 1—9. — Pfeiffer a. a. O. S. 22—24.

16) Pütter a. a. O. — Pfeiffer a. a. O. S. 2—21.

17) a. a. O. XXIV. S. 261—70.

18) Vgl. Unger a. a. O. S. 161.

19) Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht S. 170 ff.

20) Vgl. Unger a. a. O. S. 161—62.

Völkerrechte nicht zu entnehmen[21]). Denn auch der Grundsatz, daß die souveränen Staaten sich nicht blos in abstracto, sondern mit der in ihnen bestehenden Rechtsordnung wechselseitig anerkennen, reicht nicht aus, um die einzelnen Fragen vollständig und sicher darnach zu entscheiden[22]).

Bei dieser Lage der Sache war es ein folgenreicher Schritt, daß v. Savigny wieder auf die Analyse der Rechtsverhältnisse zurückging, um die entscheidende Norm für die Collisionsfälle zu gewinnen, und unter Ausdehnung der älteren Theorie von den Personal- und Realstatuten die allgemeine Regel aufstellte: daß bei jedem Rechtsverhältniß dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältniß seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist (worin dasselbe seinen Sitz hat)[23]). Obgleich auch diese Regel bei der Ausbildung des modernen Souveränetätsprincips nur eine relative Geltung hat, und nicht für alle Rechtsverhältnisse eine gleich sichere Anwendung findet[24]); so trifft sie doch den Kern der Sache, und ist von gleicher Bedeutung, mag es sich um die Collision der Rechtsquellen verschiedener Staaten, oder verschiedener Theile desselben Staates handeln. Auch die Bestimmungen der deutschen Reichsverfassung Art. 3. über das gemeinsame Indigenat der Deutschen berühren das Princip nicht, da es sich dabei nicht um die Bevorzugung der Unterthanen eines andern deutschen Staates, sondern um die Entfernung ihrer Beschränkungen handelt[25]). — v. Savigny hat von seiner Regel aber zwei Ausnahmen gemacht[26]), und zwar

1. bei Gesetzen von streng positiver, zwingender Natur. Diese muß der Richter, insoweit sie für seinen Staat gelten, unbedingt zur Anwendung bringen; dasselbe ist aber auch anzunehmen, wenn das einheimische Recht über die Collision der Rechtsquellen selbst positive Vorschriften aufstellt[27]), und diesem Falle steht es wieder gleich, wenn

[21]) Vgl. Heffter, das europ. Völkerrecht §. 37. — Phillimore, commentaries IV. chap. 1. — Bar a. a. O. §. 16—22.

[22]) Ich habe in der ersten Auflage die Bedeutung dieses Grundsatzes für die Rechtsentwickelung zu hoch angeschlagen.

[23]) System VIII. §. 360—61.

[24]) Vgl. Bar a. a. O. S. 54. — R. Schmid, die Herrschaft der Gesetze §. 2. — Daß der Richter im Zweifel das inländische anzuwenden hat, bedarf keiner besonderen Begründung. Freilich können auch in dieser Beziehung kasuistische Bedenken entstehen, welche R. O. H. G. XXIII. Nr. 120. keine glückliche Lösung gefunden haben.

[25]) Vgl. das Erk. in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. XXXIV. S. 27. (Seuffert XXIV. Nr. 186).

[26]) a. a. O. §. 349.

[27]) Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 130.

zwischen bestimmten Staaten Staatsverträge über diesen Gegenstand geschlossen sind, insoweit ihnen Gesetzeskraft zukommt[28]).

2. Rechtsinstitute eines fremden Staates, deren Dasein in dem unsrigen überhaupt nicht anerkannt sind, haben in diesem auch keinen Anspruch auf Rechtsschutz. Es sind dabei solche Institute gemeint, welche aus sittlichen, politischen oder staatswirthschaftlichen Gründen der Anerkennung entbehren, wie die Sklaverei, die Leibeigenschaft und die Geschlechtsvormundschaft. Institute dagegen, welche nicht unter diese Kategorieen fallen, sind in ihren rechtlichen Folgen anzuerkennen, wenn diese dem einheimischen Rechtssysteme nicht widersprechen[29]).

Es kann also geschehen, daß der Richter genöthigt ist, fremdes Recht anzuwenden, dessen Kenntniß ihm nicht zuzumuthen ist. Andererseits ist das Dasein einer fremden Rechtsregel auch nicht als etwas rein Thatsächliches zu betrachten, welches die Partei anzuführen und proceßmäßig zu beweisen hat. Der Richter hat vielmehr auch hier das fremde Recht, so weit es ihm zugänglich ist, von Amtswegen zu erkunden, und da er zur Kenntniß des fremden Rechts nicht verpflichtet ist, zu seiner Aushülfe der Beweisführung der Parteien sich zu bedienen, welche ohne die strengen Formen des Civilprocesses auf den glaubhaften Nachweis zu richten ist. Er hat sich dabei also ähnlich wie bei der Erkundung des Gewohnheitsrechts zu verhalten[30]).

---

[28]) Solche Staatsverträge hat namentlich Preußen mit mehreren benachbarten Staaten geschlossen; s. v. Savigny a. a. O. S. 30—32. — Bornemann, Erörterungen I. S. 69. Note 1. und überhaupt v. Rohrscheidt, Preußens Staatsverträge. Berlin 1852.

[29]) Es ward daher vom O. A. Gericht zu Oldenburg mit Recht entschieden, daß die symbolische Verpfändung eines Schiffes nach preußischem Rechte auch da wirksam bleibt, wo das eigene Recht diese Art der Pfandbestellung nicht kennt, s. Seuffert XVII. Nr. 111. Vgl. das. XVI. Nr. 1.

[30]) Civil=Pr.=O. §. 265. (s. oben §. 19. Note 6.) Vgl. Mittermaier, im Archiv für civ. Pr. XVIII. S. 67—87. Wolff, Lehrbuch des gem. deutschen Privatr. I. §. 32. — Pütter, das europ. Fremdenrecht §. 120. — Bar a. a. O. §. 32. — Seuffert II. Nr. 218. 322. IV. Nr. 92. VIII. Nr. 85. 226. IX. 248 (zweites Erk.) X. Nr. 95. vgl. Nr. 123. XII. Nr. 79. XVIII. Nr. 101. — R. O. H. G. XXV. Nr. 15. — Zum fremden Rechte ist aber das gemeine Recht in den deutschen Staaten, in welchen es seine subsidiarische Geltung verloren hat, nicht zu zählen, weil es noch immer die allgemeine Grundlage der deutschen Rechtsbildung ausmacht; vgl. Winiwarter, das österr. bürgerliche Recht I. S. 158.

§. 39.

2. Die Hauptfälle der Collision[1]).

I. In Beziehung auf den Zustand einer Person an sich, namentlich ihre Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit kommt dasjenige Recht zur Anwendung, welches am Orte ihres Wohnsitzes gilt, (Lex domicilii, Personalstatuten)[2]). Diese Regel gilt auch für juristische Personen, deren Wohnsitz im Zweifel da anzunehmen ist, wo sich der dauernde Mittelpunkt ihres bürgerlichen Geschäftsverkehrs befindet. Für Corporationen wird dies regelmäßig der Sitz der geschäftsführenden Direction, für Stiftungen der Sitz der Verwaltungsbehörde sein[3]).

a) Regelmäßig treffen Wohnsitz und Staatsangehörigkeit zusammen; wenn aber jemand in dem Staate, welchem er durch seine Nationalität angehört, nicht seinen Wohnsitz hat, so kommt das an dem letzteren geltende Recht zur Anwendung[4]).

b) Bei dem Wechsel des Domicils geht das Recht des späteren vor, insofern nicht unter der Herrschaft der früheren Personalstatuten bereits wohlerworbene Rechte (s. oben §. 21.) begründet sind[5]).

---

[1]) Vgl. die durch Vollständigkeit des Materials ausgezeichneten Untersuchungen von Bar, das internationale Privat- und Strafrecht S. 64—416. — Stobbe, Handbuch I. §. 28—34.

[2]) Baier. Landr. Th. I. Cap. 2. §. 17. (s. §. 38. Note 7.) — Pr. A. L. R. Einleitung §. 23. „Die persönlichen Eigenschaften und Befugnisse eines Menschen werden nach den Gesetzen der Gerichtsbarkeit beurtheilt, unter welcher derselbe seinen eigentlichen Wohnsitz hat." — Oesterr. Gesetzb. §. 34. „Die persönliche Fähigkeit der Fremden zu Rechtsgeschäften ist insgemein nach den Gesetzen des Ortes, denen der Fremde vermöge seines Wohnsitzes, oder wenn er keinen eigentlichen Wohnsitz hat, vermöge seiner Geburt als Unterthan unterliegt, zu beurtheilen; insofern nicht für andere Fälle in dem Gesetze etwas Anderes verordnet ist." — v. Wächter a. a. O. XXV. S. 161—88. — v. Savigny a. a. O. S. 134 ff. — Seuffert XX. Nr. 4.

[3]) Günther in Weiske's Rechtsl. IV. S. 729. — Seuffert III. Nr. 374 375. V. Nr. 139.

[4]) v. Savigny a. a. O. S. 98 ff. — Bar a. a. O. S. 82 ff. Die neuere Praxis der Gerichte stimmt nicht überein, wenn sie sich auch der Seite der Staatsangehörigkeit mehr zuneigt, s. Seuffert XXXII. Nr. 2. und die dort angef. Erkenntnisse. Der gegen die Bevorzugung der Lex domicilii hauptsächlich angeführte Grund, daß der Wohnsitz im Auslande wegen der Möglichkeit der Ausweisung kein für die Dauer gesicherter sei, beweist doch zu viel und kommt jedenfalls für die Deutschen im Reiche nicht mehr in Betracht. Es darf aber nicht übersehen werden, daß die Lehre von den Personalstatuten sich gerade an die in foro domicilii geltenden Rechte angeschlossen hat. Eine beschränkende Bestimmung findet sich im Codex civ. art. 3. — — Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. Vgl. Foelix, traité p. 43. und Oesterr. Gesetzbuch §. 4.

[5]) v. Savigny a. a. O. S. 166—68.

c) Es handelt sich bei der Regel nur von den allgemeinen staatsbürgerlichen Rechten, nicht von besonderen Ehrenrechten wie Adel, Rang, Titel, deren Anerkennung in der Fremde keine rechtliche, sondern nur eine sociale Bedeutung hat[6]).

d) Die die allgemeine Rechts- und Handlungsfähigkeit bedingenden Eigenschaften einer Person stehen kraft des Territorialitätsprinzips in Beziehung auf ihre rechtliche Wirkungen nur insoweit unter den Personalstatuten, als dadurch nicht ein Vorrecht den eigenen Angehörigen des Staates gegenüber eingeräumt werden würde. Wenn daher z. B. das einheimische Recht (die Lex fori) die Restitution der Minderjährigen oder die weiblichen Bürgschaftsgerechtsame oder gewisse Privilegien der milden Stiftungen nicht anerkennt, so kann sich auch der Fremde auf diese Wohlthaten nicht berufen, obgleich sie nach seinen Personalstatuten gelten[7]).

e) Von der Regel, daß die Fähigkeit einer Person, wechselmäßige Verpflichtungen zu übernehmen, nach den Personalstatuten beurtheilt wird, gilt nach der Deutschen Wechselordnung für Ausländer eine Ausnahme, indem sie durch die Uebernahme von Wechselverbindlichkeiten im Inlande unbedingt verpflichtet werden, wenn sie nur nach den Gesetzen des Inlandes wechselfähig sind[8]).

II. Die Familienverhältnisse einer Person werden nach den Personalstatuten beurtheilt, und zwar

a) die rechtlichen Folgen der Ehe nach dem am Wohnsitze des Ehemanns geltenden Rechte, — es sei denn, daß vertragsmäßig ein anderes

---

6) Weiter ist, wenigstens für Deutschland, den von Pütter, Fremdenrecht §. 29. 30 gegen die gemeine Meinung vorgebrachten Gründen nicht nachzugeben; vgl. auch Oppenheim, System des Völkerrechts S. 390 ff. — Ueber die Verhältnisse des Adels, unter dem aber für Deutschland der hohe Adel eine besondere Stellung einnimmt, s. zum Theil abweichende Ansichten bei Bar a. a. O. S. 168 ff.

7) In dieser Beschränkung halte ich die in der ersten Auflage nach Wächter's Vorgang (a. a. O. XXV. S. 177 ff. vgl. Mittermaier, Grundsätze I. §. 30. — Seuffert XIII. Nr. 79.) aufgestellte Regel, daß die rechtlichen Eigenschaften einer Person ihren rechtlichen Wirkungen nach den Personalstatuten nicht unterworfen sind, gegen den v. Savigny a. a. O. S. 134 ff. erhobenen Widerspruch aufrecht. Wenn Letzterer übrigens a. a. O. S. 134 die Restitution der Minderjährigen wie andere Anfechtungsgründe der Rechtsgeschäfte behandelt wissen will, so hat er übersehen, daß dabei zunächst nicht das Materielle des Rechtsverhältnisses, sondern die rechtliche Eigenschaft der Minderjährigen entscheidend ist.

8) W. O. Art. 84. Ueber die Motive dieser Bestimmung s. die Conferenz-Protokolle S. 144—46. — Unter Ausländern sind auch hier Nichtdeutsche zu verstehen, s. Reichsverf. Art. 3. — R. G. v. 5. Juni 1869. betreffend die Einführung der A. D. W. O. u. s. w. — R. O. H. G. VI. S. 359.

festgestellt worden. Dies bleibt auch bei dem Wechsel des Domicils wirksam; sonst ändert sich mit diesem das gesetzliche Güterrecht der Ehegatten. Die entgegengesetzte Ansicht ist freilich in Landesgesetze übergegangen und herrscht auch in der Praxis vor[9]); allein der dafür angeführte Grund, daß der Ehevertrag das gesetzliche Güterrecht stillschweigend in sich aufnehme und zu einem vertragsmäßigen mache[10]), ist nicht entscheidend. Denn der Ehevertrag bezieht sich nur auf die Abschließung der Ehe, deren gesetzliche Wirkung das Güterrecht ist, und nach dem Rechte des Wohnortes bestimmt wird. Dieses gilt aber nur innerhalb des Bereichs seiner Herrschaft, und kann sich nicht ohne Weiteres in dem Machtbezirke eines anderen Rechtes geltend machen[11]). Dazu bedarf es

[9]) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 350. „Durch Provinzialgesetze und Statuten wird die Gemeinschaft der Güter nur alsdann begründet, wenn an dem Orte, wo die Eheleute, nach vollzogener Heirath, ihren ersten Wohnsitz nehmen, dergleichen Gesetze vorhanden sind. §. 351. Die Veränderung dieses ersten Wohnsitzes verändert in der Regel nichts an den Rechten, welchen sich vorher die Eheleute unterworfen haben. §. 352. Haben jedoch die Eheleute ihren Wohnsitz von einem Orte, wo keine Gütergemeinschaft obwaltet, an einen andern Ort, wo dieselbe statt findet, verlegt: so müssen alle von ihnen an diesem letzten Orte vorgenommenen Handlungen, in Beziehung auf einen Dritten, nach den Regeln der Gütergemeinschaft beurtheilt werden. §. 353. Was von der Veränderung des Wohnsitzes der Eheleute vorstehend verordnet ist, gilt auch von andern Veränderungen des Gerichtsstandes, welchem die Eheleute zur Zeit der geschlossenen Heirath unterworfen waren." Lippesche Verordnung wegen der Gütergemeinschaft unter Eheleuten v. 17. März 1786. §. 32. Vgl. v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen VI. Nr. 24. VIII. Nr. 3. S. 11. Note 8. — Grefe, Hannovers Recht II. §. 20. — Pfeiffer, pract. Ausführungen II. Nr. 6. — Flach, Entscheidungen I. S. 94—96. — Roth, bayr. Civilrecht I. §. 17. Note 55. 56. — Seuffert I. Nr. 152. VII. Nr. 138. IX. Nr. 302. X. Nr. 221. XIV. Nr. 5. 106. XX. Nr. 2. XXVIII. Nr. 187. — R. O. H. G. IX. Nr. 77. — R. G. VI. Nr. 62. Nr. 123. S. 394.

[10]) Funk, im Archiv für civ. Pr. XXI. Nr. 15. XXII. Nr. 5. — v. Wächter a. a. O. XXV. S. 49 ff. — Schüler, in den juristischen Abhandlungen und Rechtsfällen von Ortloff u. s. w. I. Nr. 14. — Seuffert XXVI. Nr. 288. Der Versuch, die Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts aus der Dauer der Ehe abzuleiten (s. Roth a. a. O. und die das. Note 38. Citirten) beruht auf einer petitio principii; der von dem Reichsgerichte (Entscheidungen VI. S. 225) dafür angeführte Grund, daß die Frau sonst dem einseitigen Belieben des Ehemannes ausgesetzt sein würde, beruht auf Erwägungen der Billigkeit, welche einem Rechtsgrunde gegenüber nicht maaßgebend sein können. Auf solche Weise ließe sich auch die Verfügungsgewalt des Ehemannes in der allgemeinen Gütergemeinschaft anfechten.

[11]) Eichhorn, Einleitung §. 35. Note g. §. 307. Note d. §. 310. Note e. f. — Runde, deutsches ehel. Güterrecht §. 37. 97. — Buchka und Budde, Entscheidungen des O. A. Gerichts zu Rostock III. Nr. 41. — Seuffert VII. Nr. 137. XIV. Nr. 198. XVIII. Nr. 1. XXVI. Nr. 288. und besonders Bremer, die

einer besonderen Vereinbarung der Betheiligten, welche auch nicht durch die Annahme einer freien Unterwerfung unter Gesetze, welche an sich nur eine örtliche Geltung haben, ersetzt wird[12]). Nur die unter der Herrschaft des früheren Rechts begründeten wohlerworbenen Rechte dritter Personen werden durch einen solchen Wohnungswechsel natürlich nicht berührt.

b) Ueber die väterliche Gewalt entscheiden die Personalstatuten des Vaters[13]);

c) über die Vormundschaft und zwar über deren Errichtung die des Mündels; die Verwaltung der Vormundschaft ist nach dem Rechte des Gerichtes, unter welchem sie geführt wird, zu beurtheilen[14]).

III. Das Vermögen als Ganzes betrachtet ist als die erweiterte Rechtssphäre der Person anzusehen, und wie deren persönliche Rechtsfähigkeit nach dem Rechte des Wohnortes zu beurtheilen. Für die Concursmasse sind daher die Personalstatuten des Gemeinschuldners, für die Erbschaft die des Erblassers entscheidend[15]).

IV. Einzelne Sachen stehen für diejenigen Rechtsverhältnisse, welche sich unmittelbar auf sie beziehen, wie öffentliche Lasten, dingliche und Besitzrechte, unter dem Rechte des Ortes, wo sie liegen (Realstatuten).

a) Für Grundstücke ist dies allgemein anerkannt[16]); dieselbe Regel gilt für sie aber auch in Beziehung auf die Erbfolge, wenn diese

---

Wandelbarkeit des ehelichen Güterrechts nach Stand und Wohnort, in der Zeitschr. für deutsches Recht XVIII. Nr. 7. Durch diese Abhandlung belehrt, nehme ich meine in der ersten Auflage (Band 2. §. 133. a. E.) vertretene Ansicht, nach welcher hier zwischen den bereits begründeten Rechtsverhältnissen und den Hoffnungsrechten der Ehegatten zu unterscheiden ist (vgl. Seuffert a. a. O. XV. Nr. 95.) zurück.

12) Dies Moment der freien Unterwerfung macht v. Savigny a. a. O. S. 331. geltend, um die Frau gegen die nachtheiligen Folgen des Wohnungswechsels zu schützen. Allein der Vertrag wird dadurch nicht ersetzt; nur ein solcher kann der Herrschaft des Mannes gegenüber ein bestimmtes Güterrecht sichern.

13) Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 338 ff.

14) a. a. O. S. 344 ff.

15) Eichhorn, Einleitung §. 35. — v. Wächter a. a. O. S. 188—200. — v. Savigny a. a. O. S. 282 ff. 295 ff. — Seuffert II. Nr. 354. IV. Nr. 92. VI. Nr. 307. 308. XIV. Nr. 107. — R. O. H. G. IX. Nr. 3.

16) Baier. Landr. Th. I. Cap. 2. §. 17. — Pr. A. L. R. Einleitung §. 32. „In Ansehung des unbeweglichen Vermögens gelten, ohne Rücksicht auf die Person des Eigenthümers, die Gesetze der Gerichtsbarkeit, unter welcher sich dasselbe befindet." — Oesterr. Gesetzbuch §. 300. „Unbewegliche Sachen sind den Gesetzen des Bezirkes unterworfen, in welchem sie liegen; alle übrigen Sachen stehen hingegen mit der Person ihres Eigenthümers unter gleichen Gesetzen." — Code civ. art. 3. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. — Schon das Recht des Mittelalters ist in dieser Beziehung von dem System des Personalrechts abgewichen; s. Sächs. Landr.

durch ein selbständiges Recht des Erben an der Sache bestimmt wird, wie bei der Succession in Lehen und Familienfideicommißgüter[17]). — Bei Lehengütern kann noch eine besondere Art der Statutencollision vorkommen, wenn sie außerhalb des Staatsgebietes des Lehnherrn liegen (feuda extra curtem im Gegensatz zu den feudis in curte), und nun ein Widerstreit zwischen dem Lehenhofrecht (jus curiae feudalis) und dem Realstatute (jus feudi siti) besteht. Doch läßt sich dieser Collisionsfall nach den allgemeinen Regeln lösen[18]); auch ist er gegenwärtig nur von geringer praktischer Bedeutung, da eine solche Mischung der Hoheitsrechte in neuerer Zeit durch die Aufhebung der Lehenherrschaft im fremden Staatsgebiete durchweg beseitigt worden ist[19]).

b) Bewegliche Sachen sollten nach der älteren Theorie, welche auch in Landesgesetzen anerkannt worden ist, unter der Herrschaft der Personalstatuten stehen, indem man die Regel aufstellte: mobilia ossibus inhaerent s. personam sequuntur[20]). Allein für diese Abweichung

---

III. 33. §. 4. „Spriet man of sin egen an, dar ne darf he nicht vore antwerden, denne in deme lande dar't binnen gelegen is. §. 5. Die koning sal ok richten um egen nicht na des mannes rechte, wanne na des Landes dar't inne leget." — Bei der überwiegenden Bedeutung des Grundbesitzes erklärt sich denn auch die Ausdehnung dieser Bestimmung auf das Erbrecht; s. a. a. O. I. 30. „Jewelk inkomen man untveit erve binnen deme lande to saßen na des landes rechte unde nicht na des mannes, he si beier oder svaf oder vranke." — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Art. 32. „Ein iegelich man der uz einem lande in daz andere kumt, unde wil vor gerichte recht nemen umb ein guot daz in dem lande lit, er muoz recht nemen nâch des Landes rechte, niht nâch sînes landes rechte." Vgl. oben §. 38 Note 3. — Die Herrschaft der Realstatuten für die Erbfolge in den Grundbesitz hat sich in England erhalten, s. Schäffner, Entwickelung des internat. Privatrechts S. 67 ff. 177 ff. Sie galt früher auch im Königreich Sachsen, s. Haubold, Lehrbuch des K. Sächs. Privatr. (3. Aufl.) §. 306a. Das Sächs. bürgerl. Gesetzbuch §. 17. hat aber die gemeinrechtliche Regel anerkannt.

[17]) Eichhorn, Einleitung §. 36. — v. Wächter a. a. O. XXV. S. 383. — v. Savigny a. a. O. S. 305—6, welcher freilich darin zu weit geht, daß er Lehen und Familienfideicommisse gar nicht zum Vermögen zählt und sie nicht der Erbfolge unterworfen sein läßt, sondern ähnlich wie den Nießbrauch beurtheilt.

[18]) Eichhorn, Einleitung §. 38. — Phillips, Grundsätze II. §. 199. — Auch Schnaubert, Erläuterung S. 58—62. stimmt hiermit im Wesentlichen überein, während sich abweichende Ansichten bei G. L. Boehmer, electa jur. feud. I. ex. 1. und Weber, Handbuch des Lehenrechts I. S. 285—303. finden.

[19]) Preßburger Frieden v. 1805, Art. 15. — Rheinbundsacte Art. 34. — Wiener Congreßacte Art. 18. 19. Vgl. Klüber, öffentliches Recht §. 541. — Ortloff, Grundzüge §. 53. 169. — Seuffert XI. Nr. 167.

[20]) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 28. „Das bewegliche Vermögen eines Menschen wird, ohne Rücksicht seines gegenwärtigen Aufenthalts, nach den Gesetzen der ordentlichen Gerichtsbarkeit desselben beurtheilt." — Oesterr. Gesetzb. §. 300 (s. oben Note 16.).

von dem Princip fehlt es an jeder inneren Begründung, da der Wechsel des Aufenthaltsortes, der hier möglich ist, die consequente Anwendung der Realstatuten wohl erschweren kann, aber an sich nicht aufhebt[21]).

V. So wie ein Unterthan überhaupt von dem vermittelnden Rechte seines Staates in Rechtsverhältnissen abweichen und der gesetzlichen Regel durch Privatwillkühr eine andere substituiren kann; so steht es ihm auch frei, sich innerhalb jener Grenze einem fremden Rechte zu unterwerfen, und die darnach begründeten Rechtsverhältnisse haben Anspruch auf Schutz auch vor seinen heimischen Gerichten. Dies wird fast allgemein anerkannt[22]), und bietet auch keine Schwierigkeiten dar, wenn die Unterwerfung ausdrücklich erfolgt ist oder nach den Regeln über die Auslegung der Rechtsgeschäfte mit Sicherheit aus den Verhältnissen entnommen werden kann[23]). So wird sich z. B. regelmäßig die Annahme rechtfertigen lassen, daß wenn Unterthanen desselben Staates im Auslande einen Vertrag eingehen, sie diesen nach ihrem heimischen Rechte beurtheilt wissen wollen[24]). Führt aber die Auslegung zu keinem sicheren Ergebniß, so ist im Zweifel anzunehmen, daß wenn Inländer und Ausländer mit einander contrahiren, der Vertrag nach dem am Contractsorte geltenden Rechte beurtheilt werden soll, unter dessen Herrschaft das Rechtsverhältniß begründet wird und dem sie sich daher muthmaaßlich unterworfen haben[25]). Diese Auffassung hatte früher die gemeine

---

21) Baier. Landr. Th. I. Cap. 2. §. 17. — v. Wächter a. a. O. S. 384—89. — v. Savigny a. a. O. S. 175 ff. A. M. ist Thöl, Einleitung §. 84. — Ueber die Einwirkung der Regel: „Hand muß Hand wahren" bei der Vindication beweglicher Sachen entscheidet das Recht des Proceßgerichts, weil die Frage mit dem gerichtlichen Verfahren zusammenhängt (s. v. Savigny a. a. O. S. 187.) und nicht, wie Bornemann, Erörterungen I. S. 93 annimmt, der Eigenthumserwerb dafür bestimmend ist.

22) v. Wächter a. a. O. XXV. S. 35 ff. — Foelix l. c. p. 128 ff. — Pütter a. a. O. §. 117. — v. Savigny a. a. O. S. 110. — R. O. H. G. III. N. 7. 12. — XVIII. Nr. 59. Neuerdings ist es freilich geleugnet worden, daß den Parteien die Wahl eines örtlichen Rechts frei steht, s. Unger, österr. Privatr. I. §. 23. Note 79. Aber das kommt auf einen Wortstreit hinaus, da die Privatwillkühr den Inhalt des fremden Rechts sich statt des einheimischen aneignet, wozu sie sowohl im Inlande wie im Auslande befugt ist.

23) Günther a. a. O. S. 749—51. — Bornemann a. a. O. S. 105.

24) Günther a. a. O. S. 750. — Foelix l. c. p. 142. — Thöl a. a. O. §. 85. — Seuffert XXIV. Nr. 102. Vgl. W. O. Art. 85. — — „Ebenso haben Wechselerklärungen, wodurch sich ein Inländer einem andern Inländer im Auslande verpflichtet, Wechselkraft, wenn sie auch nur den Anforderungen der inländischen Gesetzgebung entsprechen."

25) Oesterr. Gesetzb. §. 37. „Wenn Ausländer mit Ausländern, oder mit Unterthanen dieses Staates im Auslande Rechtsgeschäfte vornehmen, so sind sie nach den Gesetzen des Ortes, wo das Geschäft abgeschlossen worden, zu beurtheilen;

Meinung für sich; seitdem aber v. Savigny die Ansicht vertreten hat, daß im Zweifel das Recht der Erfüllungsorte anzuwenden ist[26]), hat diese in neuerer Zeit vielfach Anklang gefunden[26a]). Man muß hier unterscheiden, indem nur im Allgemeinen hervorzuheben ist, daß es sich bei dieser Streitfrage allein um obligatorische Verträge handelt.

a) In Beziehung auf deren Modalitäten gilt das Recht der Erfüllungsorte, indem die entsprechende Bestimmung des Handelsgesetzbuches auch auf das allgemeine bürgerliche Recht analog zur Anwendung zu bringen ist[26b]).

b) Eine Ausdehnung der Bestimmung auch auf die anderen materiellen Seiten des Rechtsverhältnisses, namentlich hinsichtlich seiner Natur und rechtlichen Folgen ist nicht begründet[26c]). Auch erwächst, wenn man das Gegentheil annimmt, die Schwierigkeit, daß bei Obligationen, welche mehrere Erfüllungsorte haben, so wie bei mehrseitigen Obligationen dasselbe Rechtsverhältniß verschiedenen Rechtsregeln unterworfen sein kann[26d]).

VI. Delictsobligationen, aus denen ein civilrechtlicher Anspruch verfolgt wird, sind nach dem Rechte am Orte der Handlung zu beurtheilen[27]). Dies gilt auch für die Ansprüche der Mutter aus den Folgen des außerehelichen Beischlafs, während für die Ansprüche des

---

dafern bei der Abschließung nicht offenbar ein anderes Recht zu Grunde gelegt worden ist, und die oben §. 4 enthaltene Vorschrift nicht entgegensteht." — S. v. Wächter a. a. O. S. 35—45. — Bornemann, Erörterungen S. 102. — Seuffert II. Nr. 253. IV. Nr. 3. VII. Nr. 136. XI. Nr. 111. XIV. Nr. 195.

26) v. Savigny a. a. O. S. 200 ff. Nach Thöl, Einleitung §. 95. und Bar, das internationale Privatrecht, soll im Zweifel das am Wohnsitze des Schuldners geltende Recht angewendet werden. Vgl. überhaupt Stobbe a. a. O S. 229—37.

26a) Vgl. K. Sächs. G. B. §. 11. — R. O. H. G. XIX. Nr. 44. — R. G. I. S. 445. II. Nr. 31. III. Nr. 34. 36. VI. Nr. 33. IX. Nr. 60. — Ueber den in neuerer Zeit eingetretenen Wechsel der Ansichten vgl. die Erk. des O. A. G.'s zu Lübeck bei Seuffert XIV. Nr. 195 und XV. Nr. 183.

26b) H. G. B. Art. 336. „Maaß, Münzfuß, Münzsorten, Zeitrechnung und Entfernungen, welche an dem Orte gelten, wo der Vertrag erfüllt werden soll, sind im Zweifel als die vertragsmäßigen zu betrachten."

26c) Das Gegentheil folgt argumento a contrario aus der Vorschrift des H. G. B.'s Die Berufung auf §. 29. der Civilproceßordnung ist nicht zutreffend, da Bestimmungen über den Gerichtsstand des Erfüllungsortes nichts über die Anwendung der dort geltenden Rechte verfügen, falls ein genügender Grund für die Anwendung fremder Rechte vorliegt.

26d) Vgl. R. O. H. G. XIX. Nr. 44. — R. G. V. Nr. 111.

27) Gegen v. Savigny a. a. O. S. 278, nach welchem das Recht am Orte der Klage entscheiden soll, s. Bornemann a. a. O. S. 112. — Seuffert III. Nr. 295.

Kindes, welche auf der Verwandtschaft beruhen, das Recht am Wohnsitze der Mutter entscheidet[28]).

VII. Die Form der Rechtsgeschäfte, mögen sie einseitige Handlungen oder Verträge sein, wird auf gültige Weise nach den Gesetzen, welche am Orte des Abschlusses gelten, eingerichtet. Locus regit actum[29]). Doch ist hier zu bemerken:

a) Die Regel bezieht sich nicht auf die persönliche Fähigkeit zur Eingehung des Rechtsgeschäftes, welche vielmehr nach den Personalstatuten zu beurtheilen ist[30]).

b) Dingliche Rechte an Sachen können nur nach Vorschrift des Realstatuts erworben werden[31]). Dies gilt namentlich auch für die Auflassung von Grundstücken, welcher die gerichtliche Confirmation gleichzustellen, insofern sie an die Stelle der Auflassung getreten ist und den Eigenthumsübergang vermittelt[32]). Ueberhaupt ist jedes Geschäft, welches nur nach voraufgegangener Voruntersuchung (causae cognitio) vor einer bestimmten Behörde unter deren Bestätigung abgeschlossen werden kann, z. B. die Einkindschaft an einem dritten Orte nicht gültig vorzunehmen.

---

28) Bornemann a. O. S. 136. Die Praxis ist geneigt, das am Orte der Schwängerung geltende Recht allgemein zur Anwendung zu bringen; s. Seuffert I. Nr. 153. II. Nr. 118. III. Nr. 254. VIII. Nr. 7. IX. Nr. 247. XII. Nr. 333. XIV. Nr. 193. S. jedoch daselbst II. Nr. 4. III. Nr. 135. IX. Nr. 1. XI. Nr. 3. XIX. Nr. 212. XXXI. Nr. 196.

29) v. Wächter a. a. O. S. 368 – 80., besonders Note 358. und 401., wo das Gewohnheitsrecht, welches sich hierüber gebildet hat, nachgewiesen worden. Eine beschränkende Bestimmung hat das Lübische Recht II. 1. Art. 16. „Stürbe unser Bürger einer an einem frembden Orte, und machte ein Testament nach desselben Orts Rechte, solch Testament soll bey Kräfften, auch in unserm Rechte erkannt werden: Allein daß solch Testament aus Noht angehendes Todes, an frembden Orten, und nicht vorsetzlicher betrieglicher Weise, den Erben zu Nachtheil, angestellet sei." — Die letzte Vorschrift, daß der Inhalt des Testaments nach der Lex. dom. des Testators zu beurtheilen, ist übrigens allgemein anzunehmen; über die Wahl eines fremden Ortes in fraudem legis domesticae s. v. Wächter a. a. O. S. 412—17., der jedoch seine im Ganzen richtige Ansicht wohl zu schroff durchführt. Als feststehend muß angenommen werden, daß die Regel nicht gegen Prohibitionsgesetze des heimischen Staates schützt; s. Seuffert XIX. Nr. 109. XXII. Nr. 112.

30) Vgl. oben Nr. I. Weitgehende Beschränkungen der Regel in Beziehung auf die vorgeschriebene Schriftlichkeit der Verträge vertheidigt mit unzureichenden Gründen das Erk. bei Budde und Schmidt, Entscheidungen VI. S. 43 ff. (Seuffert XXIV. Nr. 185.)

31) Seuffert XXIII. Nr. 103.

32) Nur in dieser Beschränkung ist die in der Entscheidung bei Seuffert VIII. Nr. 2 vertretene Ansicht zu billigen, daß die Veräußerungsverträge über Liegenschaften nach den Realstatuten zu beurtheilen sind. Allgemein schreibt dies freilich vor das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 5. §. 115.

c) Auch die Formen des Verlöbnisses und der Ehe sind nach dem Rechte des Ortes der Eingehung zu beurtheilen. Dagegen kann nicht eingewendet werden, daß erstere aus Gründen des öffentlichen Rechts angeordnet sind[33]), weil diese überhaupt über den Formalismus der Rechtsgeschäfte entscheiden, die allgemeine gewohnheitsrechtliche Geltung der Regel: Locus regit actum aber doch nicht ausgeschlossen haben. Wenn ferner v. Savigny (a. a. O. S. 357.) die Trauung als Form der Eheschließung wegen ihres sittlich religiösen Charakters nicht durch eine bürgerliche Form am Contractsorte will ersetzen lassen, so verkennt er, daß auch die erstere ihrer rechtlichen Wirkung nach nur als eine Institution des bürgerlichen Rechts zu betrachten ist[34]).

d) Die Abgaben, welche an Stempel u. s. w. von den Rechtsgeschäften zu entrichten sind, bestimmen sich zunächst nach dem Recht des Orts der Handlung; doch pflegen die Landesgesetze wegen Nachholung des Stempels hinsichtlich der im Auslande abgeschlossenen Geschäfte, die auch im Inlande Wirksamkeit haben sollen, besondere Vorschriften zu enthalten, welche zum Theil nach der Beschaffenheit der Geschäfte verschieden sind[35]).

e) Die Beobachtung der Form, welche nach dem Rechte des Ortes der Abschließung gilt, ist nur facultativ: den Betheiligten steht die Wahl frei, ob sie diese oder die in ihrem Wohnsitz geltende anwenden wollen, — vorausgesetzt, daß es sich um die Gültigkeit des Geschäftes in der Heimath handelt[36]). Ist aber die Form nach dem Rechte des Wohnsitzes gewahrt, so bleibt das Geschäft bestehen, auch wenn es nach dem Rechte eines späteren Wohnsitzes nicht gültig errichtet worden wäre[37]).

VIII. In Beziehung auf das gerichtliche Verfahren im weiteren Sinn (modus procedendi) kommt das Recht des erkennenden Gerichts unbedingt zur Anwendung. Darüber sind im Princip Alle einig, und nur Einzelnes ist bestritten.

33) Vgl. Seuffert V. Nr 136.

34) Bornemann, Erörterungen I. S. 81. — Entscheidungen des Obertribunals zu Berlin XXIX. S. 380 ff. (auch bei Seuffert X. Nr. 122.) und des Obergerichts zu Wolffenbüttel bei Seuffert XX. Nr. 1. Seit Einführung der Civilehe in Deutschland hat die Frage ihre praktische Bedeutung verloren.

35) Hierüber finden sich genaue Nachweisungen auch für das deutsche Recht bei Foelix l. c. p. 338 ff.

36) Seuffert XXXVII. Nr. 1. (Erk. des R. G.'s). Bar a. a. O. S. 129. Gewöhnlich wird diese nothwendige Beschränkung der Regel nicht gemacht, s. v. Wächter a. a. O. S. 377—80. — v. Savigny a. a. O. S. 358—59.

37) A. M ist v. Wächter a. a. O. S. 380—82.; s. aber Bar a. a. O. S. 130., welcher jedoch ohne Grund nur die Verträge und nicht die Testamente nach dem Recht des früheren Wohnsitzes aufrecht erhalten will.

a) Manche behaupten, daß die Klageverjährung nach dem Rechte des Proceßgerichtes zu beurtheilen ist[38]), während Andere dasjenige Recht, unter welchem das Rechtsverhältniß in seinen materiellen Wirkungen steht, gelten lassen wollen[39]). Allein die erste Ansicht ist die richtige, da ganz abgesehen von den Präceptivgesetzen des Klageortes und denjenigen Gesetzen, welche die Einrede der Verjährung von Amtswegen berücksichtigen lassen, das Rechtsverhältniß durch dieselbe nur aus äußern, formellen Gründen aufgehoben wird, welche mit seiner besondern Natur wohl in Verbindung stehen können, aber doch nicht als die materiellen Folgen desselben erscheinen.

b) Die Beweiskraft der Handelsbücher ist nach dem Rechte des Proceßgerichtes zu beurtheilen, und nur über die Form, in welcher sie geführt sind, entscheidet die Regel: locus regit actum. Diese letztere hier allein gelten zu lassen, widerspricht der zwingenden Natur der Proceßgesetze[40]).

---

[38]) Mittermaier, im Archiv für civ. Pr. XIII. S. 307. Grundsätze I. §. 31. — Mühlenbruch, doctr. pand. I. §. 73. — v. Vangerow, Leitfaden I. §. 27. — Günther, im Rechtslexicon IV. S. 744—45. — Pütter, Fremdenrecht §. 80. — Bornemann, Erörterungen I. S. 113 ff. — Buchka und Budde, Entscheidungen des O. A Gerichts zu Rostock IV. Nr. 30. (auch bei Seuffert XVI. Nr. 90.) — Seuffert a. a. O. VIII. Nr. 7. (erstes Erk.) IX. Nr. 246. XII. Nr. 334. (erstes Erk.) XVI. Nr 184. XIX. Nr. 106.

[39]) v. Wächter a. a. O. S. 409—12. — Heffter, europ. Völkerrecht S. 78. Note 5. — v. Savigny a. a. O. S. 273. — Seuffert II. Nr. 120. VIII Nr. 7. (zweites Erk.) XII. Nr. 334. (zweites Erk.) XIII. Nr. 5. XXV. Nr. 2. Wenn in der vorletzten Entscheidung gegen die von mir vertretene Ansicht eingewendet wird, ich erkenne doch selbst für die formelle Gültigkeit der Rechtsgeschäfte das Recht des Ortes, wo sie abgeschlossen sind, als maaßgebend an, so ist darauf zu erwidern, daß es sich bei der Klageverjährung nicht um eine Geschäftsform handelt, und ferner, daß die Regel: locus regit actum ihre selbständige Begründung hat, und auf einem speciellen Gewohnheitsrechte beruht. — Auch das Reichsgericht hat sich für die zweite Ansicht ausgesprochen; s. R. O. H. G. XIV. Nr. 82. R. G. IX. Nr. 60.

[40]) Vgl. Seuffert XI. Nr. 194. 308. — Dagegen soll nach dem Erk. a. a. O. I. Nr. 132 das Recht des Ortes, wo das Handelsbuch geführt wird, allein entscheiden, womit übereinstimmt v. Savigny a. a. O. S. 355.

Zweites Kapitel.

Die Quellen und Hülfsmittel des gemeinen deutschen Privatrechts.

§. 40.

Im Allgemeinen.

Wenn im vorhergehenden Kapitel die Rechtsquellen überhaupt als die Entstehungsgründe des positiven Rechts betrachtet worden sind, so handelt es sich jetzt davon, die einzelnen historisch begründeten Quellen des gemeinen deutschen Privatrechts näher anzugeben, wobei jedoch die des Spezialrechts der späteren Darstellung desselben vorbehalten bleiben. Es sind indessen, bevor die hier zu gebende Aufzählung erfolgt, noch einige allgemeine Bemerkungen voraus zu schicken.

Wenn nämlich auch oben (§. 12.—15.) die Behauptung aufgestellt und durchgeführt worden ist, daß es bei der Darstellung des gemeinen deutschen Privatrechts nicht so sehr auf eine besondere Methode ankomme, welche in etwas Anderem ihren Schwerpunkt habe, als in der richtigen, wissenschaftlichen Behandlung der Rechtsquellen, so läßt sich doch nicht übersehen, daß die eigenthümliche Beschaffenheit, welche die Quellen des gemeinen deutschen Rechts überhaupt und nicht blos die des Privatrechts haben, auf die Methode einen gewissen Einfluß ausüben muß. Das gemeine Recht ist nämlich vorzugsweise ein ungeschriebenes, welches sich aber nicht immer in einfachen, allgemein erkannten Volksgewohnheiten darstellt, sondern theils in der geschichtlichen Bewegung der Jurisprudenz, theils aber in den besondern Gestaltungen des particulären Rechtslebens nachgewiesen werden muß. Betrachten wir Beides in seiner Eigenthümlichkeit.

Beim Juristenrecht, für dessen Erkundung die Dogmengeschichte sich als unentbehrlich herausstellt, werden die Rechtsquellen erst durch ihre historisch-kritische Behandlung, durch die Zusammenstellung und Sichtung der einzelnen Lehrmeinungen und Rechtssprüche und durch die wissenschaftliche Bearbeitung des ganzen Materials zu einer solchen Bedeutung erhoben, daß ihnen das positive Recht mit Sicherheit entnommen werden kann. Ein einzelnes Präjudicat, die Ansicht eines einzelnen Juristen, wenn sie auch noch so sehr bestimmend auf die Rechtsbildung eingewirkt haben, können dieselbe, schon weil das Juristenrecht auf der Gewohnheit beruht, doch niemals wie ein allgemeines Gesetz ausschließlich begründen. Natürlich aber ist die Bedeutung des Einzelnen nach seinem Werthe und seiner Beschaffenheit verschieden, und namentlich stellt sich in letzterer Hinsicht ein Unterschied dar zwischen einer solchen Thätigkeit der

Juristen, welche sich unmittelbar und ausschließlich auf das gemeine Recht bezieht, und einer solchen, welche sich zunächst nur mit dem particularen Rechte beschäftigt, und jenes mehr gelegentlich und als bloßes Hülfsrecht berücksichtigt. Doch muß man sich auch in dieser Beziehung vor Mißverständnissen hüten. Manche Lehre des gemeinen Rechts ist zuerst in der particularrechtlichen Behandlung so erstarkt, daß daraus später die weitere Auffassung hervorgehen konnte; die Rechtssprüche der Landesgerichte bewegen sich bei dem Mangel particularrechtlicher Vorschriften oft ganz und gar auf dem Gebiete des gemeinen Rechts, oder haben Letzteres doch trotz der besonderen Färbung, in der es sich darstellt, so scharf und wirkungsvoll erfaßt, daß aus dieser Behandlung ein allgemeiner Gewinn für das deutsche Rechtswesen sich ergab[1]). Umgekehrt aber haben auch die Reichsgerichte und die Spruchcollegien der Juristenfacultäten und Schöppenstühle, obgleich ihre Competenz nicht auf einzelne Territorien beschränkt war, oft genug auf Particularrechte Rücksicht nehmen müssen[2]); oft ist auch der innere Gehalt des von ihnen Geleisteten so unbedeutend gewesen, daß es für die Rechtsbildung ganz ohne Einfluß blieb. Ueberhaupt läßt sich für die Stellung jener Behörden hinsichtlich ihrer Bedeutung für das deutsche Rechtswesen ein bestimmter Wechsel nachweisen, der bei der Beurtheilung ihrer Wirksamkeit auch im Einzelnen wohl in Anschlag zu bringen ist. Bis zum Ende des 16. Jahrhunderts war der Einfluß des Reichskammergerichts überwiegend; unglückliche politische Zustände machten sich aber auch hier geltend, und die Juristenfacultäten zogen, namentlich in Beziehung auf das Privatrecht einen großen Theil von der früheren Autorität des Kammergerichts an sich. Sie behaupteten sich dann lange Zeit in ihrem Ansehen, auf welches sich auch die s. g. Praktiker stützten[3]); aber seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts sind sie immermehr durch die höheren Landesgerichte aus ihrer Wirksamkeit verdrängt worden, und jetzt nimmt das Reichsgericht eine hervorragende Stellung ein.

---

[1]) So standen z. B. die Bearbeiter des gemeinen Sachsenrechts in ihrer Wirksamkeit lange auf der Grenze zwischen dem gemeinen und particularen Rechte; die Decisionen des Mevius müssen ihrem Erfolge nach zu den wichtigsten Quellen des gemeinen Juristenrechts gezählt werden; wie bedeutend haben Pufendorfs Observationen, Pfeiffers praktische Ausführungen, die juristischen Abhandlungen von Heise und Cropp eingewirkt u. s. w.

[2]) Man nehme nur den Einfluß der Rechtssprüche der Tübinger Juristen auf das würtembergische, der Wittenberger auf das sächsische Recht. Auch für die Reichsgerichte war das gemeine Recht ja nur das subsidiarische, — ein Princip, welches freilich wegen mangelhafter Bekanntschaft mit den Particularrechten häufig genug verletzt ward.

[3]) So Schilter, J. H. Böhmer, Leyser, Wernher u. s. w.

Aus dem Angeführten ergiebt sich, daß für die Darstellung und Begründung des Juristenrechts eben die Herrschaft über das ganze Material nothwendig ist, und daß die Beschäftigung der Schriftsteller mit dem gemeinen oder particularen Recht, die Competenz der Spruchbehörden keinen wesentlichen Unterschied für die Benutzung ihrer Arbeiten begründen.

Eine ähnliche Stellung aber, wie die juristische Literatur, nehmen auch die particularen Rechtsquellen für die Darlegung des gemeinen Rechts ein. Man kann ihre Bedeutung in dieser Hinsicht etwa mit der der einzelnen Handlungen für die Erkundung des Gewohnheitsrechts vergleichen, indem sie als Quellen für das gemeine Recht nur insofern in Betracht kommen, als in ihnen sich Zeugnisse von bestimmten nationalen Rechtsinstituten erkennen lassen. Damit sie aber in diesem Sinne verwerthet werden können, genügt es nicht, daß eine gewisse Richtung in der Rechtserzeugung aus sittlichen, politischen oder staatswirthschaftlichen Gründen sich mehr oder weniger gleichmäßig in den einzelnen deutschen Staaten wiederholt und zu ähnlichen Resultaten der Gesetzgebung geführt hat; sondern es muß das gemeinrechtliche Princip wirklich vorhanden sein und in der particularen Rechtsbildung einen bestimmten Ausdruck gefunden haben. In diesem Sinne ist z. B. in der Ordnung der Familienverhältnisse, der gewerblichen Einrichtungen, in der Ausbildung des Handels- und Wechselrechts vor der neuesten allgemeinen Gesetzgebung Vieles geschehen, was für die Construction gemeinrechtlicher Institute verwandt werden kann, während andere Einrichtungen in ihrer positiven Durchbildung diese Bedeutung nicht haben und nur für die Aufklärung oder Abgrenzung des gemeinen Rechts herbeizuziehen sind.

Um aber den Entwickelungsgang des gemeinen Rechts überhaupt und in dem Spiegel des particularen Rechts zur Anschauung zu bringen, genügt es nicht, nur die jetzt noch geltenden Quellen des letzteren zu betrachten, sondern man muß auch die geschichtlichen Voraussetzungen unseres heutigen Rechtszustandes, die älteren Rechtsdenkmäler als Momente für die historische Deduction herbeiziehen und benutzen. Dabei darf nicht übersehen werden, daß unser deutsches Rechtsleben von der allgemeinen Wurzel des germanischen Wesens ausgegangen ist, und daß sich in dem älteren Recht verwandter Völker für das unsrige Anknüpfungspunkte finden, durch deren richtige Benutzung die so oft dürftigen deutschen Rechtsquellen erst ihren vollen Inhalt und ihr rechtes Verständniß erhalten. Als die einzelnen Nationalitäten sich aber allmählich schroffer von einander abschlossen und ihr besonderes Staatsleben sich selbständiger ausbildete, da mußte freilich jene frühere Rechtsgemeinschaft, welche nie eine unbedingte war, vielfach gelöst und gestört werden. Doch ist in

manchen Grundansichten und auch in einzelnen Rechtsinstituten noch ein gewisser geistiger Zusammenhang geblieben, welcher für die rein germanischen Völker die nachhaltige Wirkung der ursprünglichen Blutsverwandtschaft bekundet. Die romanischen Völker dagegen, jene Mischung germanischer und römisch-provinzialer Elemente, haben das ihnen überkommene germanische Recht weniger consequent ausgebildet; aber dafür sind sie wieder durch einen andern Umstand mit den Deutschen in eine gewisse Gemeinschaft der Entwickelung ihres Rechtslebens geführt worden, — ich meine die Reception des römischen Rechts. Durch sie ist Deutschland zwischen dem rein germanischen und dem romanischen Wesen in die Mitte gestellt worden, indem es allerdings weniger römisches Element in sein Recht aufgenommen hat, als die Romanen, aber doch weit mehr, als die andern Völker rein germanischen Ursprungs.

Es giebt also **vier** Massen, welche bei der Darstellung des gemeinen deutschen Rechts Berücksichtigung finden müssen, wenn sie auch in dieser Beziehung nicht zu den Rechtsquellen im eigentlichen Sinne zu zählen sind: die juristische Literatur, die historischen Rechtsdenkmäler des Mittelalters, die deutschen Particularrechte und die Rechte verwandter Völker. Die erste und die letzte dieser Massen pflegt man nun zu den Hülfsmitteln der deutschen Jurisprudenz zu rechnen, während die beiden andern mehr oder weniger bestimmt unter den Quellen selbst aufgeführt werden. Nach der vorhergehenden Erörterung[4]) empfiehlt sich eine andere Auffassung und Bezeichnung, indem zwischen den **unmittelbaren** und **mittelbaren** Quellen des gemeinen deutschen Rechts unterschieden, und letztere auf die vier so eben genannten Arten zurückgeführt werden. Doch haben diese, wie gezeigt worden, nicht immer auch nur die Bedeutung von mittelbaren Rechtsquellen, sondern sie können blos als **Hülfsmittel** für die Construction des gemeinen Rechts in Betracht kommen, was bei den Rechten der verwandten Völker sogar regelmäßig der Fall ist[5]).

§. 41.

A. Die unmittelbaren Rechtsquellen.

Hierher gehören einmal die von den Rechtsverhältnissen getragenen allgemeinen Volksgewohnheiten, in denen das Volksrecht sich ausgesprochen

---

[4]) Vgl. auch oben §. 17. a. E.

[5]) Der Begriff der mittelbaren Rechtsquellen ist daher enger zu fassen, wie in der ersten Ausgabe geschehen ist. — Die übrigen literarischen und historischen Hülfsmittel sind in der Rechtsgeschichte zu erörtern; über das Sprachliche s. unten §. 44. Note 20.

findet, ohne daß es für dessen Erkundung nothwendig einer weitern wissenschaftlichen Vermittlung bedürfte. Es kann deshalb auf das oben §. 31. Gesagte verwiesen werden. — Außerdem kommen aber hier nur noch, da auf die recipirten Rechtsquellen außer dem liber feudorum vom Standpunkte dieses Werkes aus keine Rücksicht genommen wird, die allgemeinen einheimischen Gesetze in Betracht, denen das gemeine Recht unmittelbar entnommen werden kann, — also die deutschen Reichs- und Bundesgesetze, die aber für das Privatrecht vor 1867 nur eine spärliche Ausbeute gewähren.

I. Die deutschen Reichsgesetze bis 1806.

Die älteren gehören zu den historischen Rechtsdenkmälern und sind bei diesen zu berücksichtigen; erst seit 1495, dem großen Wendepunkt in der deutschen Rechtsgeschichte, gewinnen sie an unmittelbar praktischem Interesse, obgleich man es begreiflich auch bei den späteren Reichsgesetzen mit einer in ihrer vollen Integrität bewahrten Gesetzgebung nicht zu thun hat. Das älteste Reichsgesetz, welches noch unverändert gilt[1]), ist die Notariatsordnung Maximilian's I. von 1512. — Außerdem sind noch besonders hervorzuheben:

Der Wormser Landfrieden von 1495 (weil seine Dauer nicht auf bestimmte Jahre beschränkt ward, der ewige genannt). — Die Reichs-Kammergerichts-Ordnung (R. K. G. O. oder schlechthin K. G. O.) von 1495, zuletzt revidirt 1555. — Die Reichs-Polizei-Ordnung (R. P. O.) von 1530, 1548 und 1577. — Die peinliche Gerichts-Ordnung (P. G. O.) Karl's V. (Constitutio Criminalis Carolina, daher C. C. C.) von 1532. — Das westphälische Friedensinstrument, besonders das zwischen Deutschland und Schweden (Instrumentum Pacis Osnabrugensis (I. P. O.) von 1648. — Der Regensburger Reichsabschied von 1654, der jüngste genannt (J. R. A.) weil bei der späteren Permanenz des Reichstags kein Abschied weiter erfolgte. — Reichsgutachten und kaiserliches Confirmationsdecret wegen der Handwerks-Mißbräuche von 1731. — Der Reichs-Deputations-Hauptschluß (R. D. H. S.) vom 25. Febr. 1803[2]).

Sammlungen.

Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede. 4 Thle. Frankf. 1747. fol. (Diese Sammlung, besorgt von Senkenberg und Ohlenschläger, geht bis 1736). — C. Fr. Gerstlacher, Handbuch

---

[1]) Wenigstens in allen wesentlichen Punkten; an einzelnen Abänderungen durch das Herkommen, von den Particulargesetzen natürlich ganz zu schweigen, hat es freilich auch hier nicht gefehlt. Man nehme nur die Vorschrift a. a. O. §. 19., daß die Instrumente auf Pergament geschrieben werden sollen.

[2]) Abgedruckt bei v. Meyer, Staatsacten I. S. 7 ff.

der deutschen Reichsgesetze. 11 Thle. Carlsruhe und Frankfurt (später Stuttgart) 1786—94. Die einzelnen Stücke sind systematisch geordnet und mit Erläuterungen versehen; der 10. Theil enthält das Privatrecht. — G. Emminghaus, Corpus juris germanici tam publici quam privati academicum. 2. Aufl. Jena 1844. Dazu ein 2. Theil, bis 1856 in 3 Lieferungen. Nur die wichtigsten Reichsgesetze sind hier auszugsweise gegeben.

II. Die deutschen Bundesgesetze.

Deutsche Bundesacte (B. A.) vom 8. Juni 1815.

Schlußacte der über Ausbildung und Befestigung des deutschen Bundes zu Wien gehaltenen Ministerial-Conferenzen v. 15. Mai 1820 (W. S. A.), am 8. Juni d. J. von der Bundesversammlung zum zweiten Fundamentalstatut des Bundes erhoben.

Die einzelnen Bundesbeschlüsse finden sich in den Protokollen der deutschen Bundesversammlung; seit 1816 gedruckt, sind sie aber nur bis 1826 in 18 Bänden mit 5 Bänden Anhang veröffentlicht worden. Ferner bei Emminghaus a. a. O. und vollständig in: v. Meyer, corpus juris confoederationis Germanicae oder Staatsacten für Geschichte und öffentliches Recht des deutschen Bundes. 3. Aufl. von Zöpfl. 2 Theile, Frankfurt 1858 u. 1859. 3. Theil. 1869.

Die Bundesbeschlüsse erhielten erst Gesetzeskraft, wenn sie in den einzelnen Staaten gehörig publicirt waren; war dies aber geschehen, so galt ihr Inhalt nicht als particulares, sondern als gemeines Recht.

III. Die Gesetze des norddeutschen Bundes und die deutschen Reichsgesetze.

Verfassung des norddeutschen Bundes vom 26. Juli 1867.

Verfassung des deutschen Reichs vom 16. Apr. 1871.

Auf Grund der mit den süddeutschen Staaten abgeschlossenen Accessionsverträge haben die Gesetze des norddeutschen Bundes die Kraft von Reichsgesetzen erhalten, indem nur für Baiern einige Ausnahmen festgestellt sind [3]). Die Reichsgesetze werden vom Kaiser im Reichsgesetzblatt (bis Nr. 19 des Jahrganges 1871 Bundesgesetzblatt) veröffentlicht. Für den Bereich des Privatrechts sind hier folgende hervorzuheben: [4]).

---

[3]) Für das Privatrecht in Betreff der Gesetzgebung über die Heimaths- und Niederlassungsverhältnisse mit Einschluß des Verehelichungswesens. Vgl. den Staatsvertrag v. 23. Nov. 1870 (B. G. B. v. 1871. Nr. 5.). Nicht eingeführt ist z. B. das Gesetz über den Unterstützungswohnsitz v. 6. Juni 1870., s. das Reichsgesetz über die Einführung norddeutscher Bundesgesetze in Bayern v. 22. Apr. 1871. — Auf die zum Theil noch provisorischen Einrichtungen in Elsaß — Lothringen ist hier nur im Allgemeinen hinzuweisen.

[4]) Vgl. G. Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 2. Aufl. Tübingen 1882. — Die Gesetzgebung des deutschen Reiches mit Erläuterungen, herausgeg. von Ernst Bezold. 1. Th. Bürgerliches Recht 1. Bd. Erlangen 1879.

Gesetz über das Paßwesen v. 12. Oct. 1867. — betreffend die Nationalität der Kauffahrteischiffe v. 25. Oct. 1867. — über die Freizügigkeit v. 1. Nov. 1867. — über das Postwesen v. 2. Nov. 1867. — betreffend die vertragsmäßigen Zinsen v. 14. Nov. 1867. — über die Aufhebung der polizeilichen Beschränkungen der Eheschließung v. 4. Mai 1868. — betreffend die Aufhebung der Schuldhaft v. 26. Mai 1868. — betreffend die Schließung und Beschränkung der öffentlichen Spielbanken v. 1. Juli 1868. — betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften v. 4. Juli 1868. — Maaß- und Gewichtsordnung v. 17. Aug. 1868, dazu die Novelle vom 11. Juli 1884. — betreffend die Einführung der Allg. D. Wechselordnung und des Allg. D. Handelsgesetzbuchs als Bundesgesetze v. 5. Juni 1869. — betreffend die Wechselstempelsteuer v. 10. Juni 1869. — betreffend die Errichtung eines obersten Gerichtshofes für Handelssachen v. 12. Juni 1869. — betreffend die Beschlagnahme des Arbeitsoder Dienstlohnes v. 21. Juni 1869. — Gewerbeordnung v. 21. Juni 1869, dazu die Novellen vom 12. Juni 1872, 8. April 1876, 17. Juli 1878, 23. Juli 1879, 15. Juli 1880, 18. Juli 1881 und 1. Juli 1883[5]). — Gesetz betreffend die Gewährung der Rechtshülfe v. 21. Juni 1869. — betreffend die Gleichberechtigung der Konfessionen in bürgerlicher und staatsbürgerlicher Beziehung v. 3. Juli 1869. — über die Ausgabe von Banknoten v. 27. März 1870. — betreffend die Eheschließung und die Beurkundung des Personenstandes von Bundesangehörigen im Auslande v. 4. Mai 1870. — über die Beseitigung der Doppelbesteuerung v. 13. Mai 1870. — über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit v. 1. Juni 1870. — über den Unterstützungswohnsitz v. 6. Juni 1870. — betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken u. s. w. v. 11. Juni 1870. — betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften v. 11. Juni 1870. — über die Ausgabe von Papiergeld v. 16. Juni 1870. — Strafgesetzbuch v. 15. Mai 1871. — Gesetz betreffend die Verbindlichkeit zum Schadenersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen u. s. w. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen v. 7. Juni 1871. — betreffend die Inhaberpapiere mit Prämien v. 8. Juni 1871. — über das Postwesen v. 28. Oct. 1871. — betreffend die Ausprägung von Reichsgoldmünzen v. 4. Dec. 1871. — betreffend die Beschränkungen des Grundeigenthums in der Umgebung von Festungen v. 21. Dec. 1871. — Seemannsordnung v. 27. Dec. 1872. — Gesetz betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten v. 31. März

---

[5]) Die Gewerbeordnung in ihrer gegenwärtigen Gestalt findet sich in einer Schlußredaction zusammengestellt im Reichsgesetzblatt von 1883. S. 177—240.

1873. — das Münzgesetz v. 9. Juli 1873. — Gesetz betreffend die Abänderung der Nr. 13. Art. 4. der Reichsverfassung v. 30. Dec. 1873. — Militairgesetz v. 2. Mai 1874. — Gesetz über die Presse v. 7. Mai 1874. — Strandungsordnung v. 17. Mai 1874. — Gesetz über den Markenschutz v. 30. Nov. 1874. — über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung v. 6. Febr. 1875. — Bankgesetz v. 14. März 1875. — Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste v. 8. Jan. 1876. — betreffend den Schutz der Photographien v. 10. Jan. 1876. — betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen v. 11. Jan. 1876. — über die eingeschriebenen Hülfskassen v. 7. Apr. 1876. — Gerichtsverfassungsgesetz v. 27. Jan. 1877. — Civilprozeßordnung v. 30. Jan. 1877. — Strafprozeßordnung v. 1. Febr. 1877. — Konkursordnung v. 10. Febr. 1877. — Patentgesetz v. 25. Mai 1877. — Gesetz betreffend die Untersuchung von Seeunfällen v. 27. Juli 1877. — betreffend die Beglaubigung öffentlicher Urkunden v. 1. Mai 1878. — Rechtsanwaltsordnung v. 1. Juli 1878. — Gesetz betreffend den Verkehr mit Nahrungsmitteln, Genußmitteln und Gebrauchsgegenständen v. 14. Mai 1879. — Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit v. 10. Juli 1879. — betreffend die Aufhebung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens v. 21. Juli 1879. — betreffend den Wucher v. 24. Mai 1880. — betreffend die Abwehr und Unterdrückung von Viehseuchen v. 23. Juni 1880. — betreffend die Schiffsmeldungen bei den Konsuln v. 25. Mai 1880. — betreffend die Fürsorge für die Wittwen und Waisen der Reichsbeamten der Civilverwaltung v. 30. April 1881. — betreffend die Küstenfrachtfahrt v. 22. Mai 1881. — betreffend die Erhebung von Reichsstempelabgaben v. 1. Juli 1881. — betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter v. 15. Juni 1883. — betreffend die Abwehr und Unterdrückung der Reblauskrankheit v. 3. Juli 1883. — Unfallversicherungs-Gesetz v. 6. Juli 1884. — Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften v. 18. Juli 1884.

B. Die mittelbaren Rechtsquellen und die Hülfsmittel.

§. 42.

I. Die juristische Literatur*).

I. Die deutsche Jurisprudenz wurzelt in der italienischen, durch deren Vermittlung das römische Recht tn Deutschland eingeführt ist.

---

*) Vgl. überhaupt R. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. 1. Abth. München und Leipzig 1880.

Von besonderem Einfluß waren namentlich außer der Glossa ordinaria des Accursius die Werke von Bartolus und Baldus:

Bartolus a Saxoferrato, opera omnia. Basil. 1562. 5 voll. fol. — Baldus, Ubaldus Perusinus, opera omnia. Taurin. 1576. 3 voll. fol. — Desgleichen die Rechtssprüche der Rota Romana: Auditorum Rotae Romanae Decisiones antiquae et recentiores. Venet. 1570. fol.[1]).

Das letzte italienische Werk von bedeutendem Einfluß auf die deutsche Praxis ist Ant. Faber, codex definitionum forensium et rerum in Sabaud. senatu tract. Lugduni 1606. fol.

In Deutschland trat zuerst als selbständiger, wissenschaftlich gebildeter Jurist U. Zasius († 1535) auf; von ihm und seiner Schule (J. Sichard, J. Fichard, Joach. Mynsinger u. A.) datirt sich die moderne deutsche Rechtswissenschaft.

U. Zasius, opera omnia. Francof. 1590. 6 tom. fol.[2]).

II. Die Praxis des Reichskammergerichts, dargelegt in dessen Urtheilen, welche theils gesammelt und vollständig abgedruckt, theils zur Grundlage wissenschaftlicher Arbeiten gemacht worden sind. Die Hauptwerke sind:

Joach. Mynsinger a Frundeck, singularium observationum Imp. camerae Cent. IV. Basil. 1563. fol. Cent. VI. ed. A. de Reyger, Vittenb. 1658. 4. — Andr. Gail, practicarum observationum libri duo. Coloniae 1580. fol. u. öft. — Raph. Seiler, Kammergerichts Bei- und Endurtheile. Frankf. 1572. fol. — J. Meichsner, decisiones divers. causarum in Camera Imp. judicat. Francof. 1603—6. 4 tom. fol. — C. Klock, liber sing. relationum pro assessoratu habit. Norimb. 1680. fol. — J. U. de Cramer, observationes juris universi ex praxi recentiori supremi Imp. tribun. haustae. Wetzlar. 1758—72. 6 tom. 4. — J. U. v. Cramer, Wetzlarische Nebenstunden. 128 Theile. Wetzlar 1755—73. — Dazu Register von Schneidt, Ulm 1768. 4. und Mayer, Wetzlar 1779.

III. Entscheidungen des Bundes-Oberhandelsgerichts Bd. 1 und 2. Erlangen 1871, und des Reichs-Oberhandelsgerichts (R. O. H. G.), Bd. 3—25. Erlangen (seit 1874 Stuttgart) 1872—80. — Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen (R. G.) Bd. 1—10.

---

[1]) Cf. J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. I. XVII. De collectionibus, usu et praestantia Decisionum, praecipue Rotae Romanae et Mevianarum.

[2]) Vgl. R. Stintzing, Ulrich Zasius, ein Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Zeitalter der Reformation. Basel 1857 und überhaupt Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen II. S. 9 ff.

Leipzig 1880—84. (Der hier durchgeführte Gegensatz zwischen Reichsrecht und gemeinem Recht ist doch aus verschiedenen Gründen anfechtbar.)

IV. Rechtssprüche und Gutachten der Juristenfacultäten. Hervorzuheben sind:

Decisiones Witebergenses et Lipsienses. Francof. 1599—1608. 3 tom. fol.[3]). — Consilia Marpurgensia, ed. Herrm. Vultejus. vol. I—III. Marp. 1605—7. vol. IV. Francof. 1631. fol. — Dom. Arumaeus, sententiarum in fac. et dicast. prov. Jenensi pronunciat. libri II. Jen. 1608. 4. — Inclytae facultatis jurid. Tubingensis — — consilia et responsa. Tubing. Francof. et Giess. 1731—50. 5 voll. fol.[4]). — Consilia ICtorum Hallensium. Halle 1733. 1734. 2 Thle. fol. — Rechtssprüche und Gutachten der Juristenfacultät zu Rostock. Berlin 1846.

Außerdem finden sich viele Rechtssprüche der Juristenfacultäten in den Werken der später anzuführenden Praktiker zerstreut; so Wittenberger in Wernhers Observationen und Leysers Meditationen, welcher Letztere aber doch vorzugsweise Helmstädter mittheilt, Hallische bei J. H. Böhmer u. s. w. Auch sind viele der in Privatsammlungen herausgegebenen praktischen Arbeiten Einzelner im Namen der Juristenfacultäten abgefaßt und von ihnen gebilligt; namentlich die Göttinger Facultät ist auf diese Weise reichlich vertreten in den Sammlungen von Pütter, Selchow, G. L. Böhmer und v. Berg.

V. Entscheidungen der oberen Landesgerichte.

D. Mevius, decisiones super causis praecipuis ad supr. Regium Tribunal Wismariense delatis. (Zuerst Stralsund 1664. 7. Ausg. besorgt von J. H. Böhmer, 10. Ausg. von Höpfner. 2 Bde. Frankf. 1791—94. 4.) — F. E. Pufendorf, observationes juris universi (mit Entscheidungen des O. A. Gerichts zu Celle) 4 tom. Hann. 1744—70. 4. — D. G. Strube, rechtliche Bedenken (mit Entscheidungen des O. A. Gerichts zu Celle und der Justizkanzlei zu Hannover) 5 Bde. Hann. 1761—77. 4. Neueste von E. Spangenberg besorgte Ausg. 3 Bde. Hann. 1827—28. 4. — F. v. Bülow und Th. Hagemann, praktische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, hin und wieder mit Urtheilssprüchen des Zellischen Tribunals und der übrigen Justizhöfe bestärkt (seit dem 8. Bde. fortges.

---

[3]) S. Eichhorn, Einleitung §. 14. Note 1.

[4]) Ueber die älteren Sammlungen der Tübinger Rechtssprüche von C. Besold, F. Ch. Harpprecht und W. A. Schöpf s. Wächter, Handbuch des württemb. Privatrechts I. S. 670 ff. — Auf die im Text angeführte Sammlung wird gewöhnlich die Bezeichnung: ICti Tubingenses bezogen.

von E. Spangenberg). 10 Bde. Hann. 1798—1837. 4. — Entscheidungen des Tribunals zu Celle, mitgetheilt von den Anwälten Wöltje, Wolde, Gerding u. s. w. Hannover seit 1859. — de Cannegiefser, collection. notabiliorum Decis. supr. Trib. app. Hasso-Cass. 3 tom. (Der dritte Theil von B. W. Pfeiffer und B. C. Duysing) Cass. 1768. 1771. 1821. fol. — B. W. Pfeiffer praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. Mit Erkenntnissen des O. A. Gerichts zu Cassel. 8 Bde. Hann. 1825—46. 4. — Strippelmann, neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des O. A. Gerichts zu Cassel. 7 Thle. Cassel 1842—54. — Kind, quaestiones forenses (mit Entscheidungen des O. A. Gerichts zu Dresden) 4 tom. edit. II. Lips. 1807. — Gottschalk, selecta disceptationum for. capita (mit Entscheidungen des O. A. Gerichts zu Dresden) 3 tom. Dresd. 1816—32. — v. Langenn und Kori, Erörterungen prakt. Rechtsfragen (mit Entscheidungen des O. A. Gerichts zu Dresden) 3 Thle. 2. Aufl. Dresd. 1836—37. — Cuno und Pöschmann (später v. Langenn, Sickel, Pöschmann), Annalen des K. sächs. O. A. Gerichts zu Dresden. Leipz. seit 1859. — Simon und v. Strampff, Rechtssprüche der preuß. Gerichtshöfe. 4 Bde. Berlin 1828—36. — Entscheidungen des Geh. Ober-Tribunals zu Berlin, seit 1837 von verschiedenen Herausgebern. — Striethorst, Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis des Ober-Tribunals zu Berlin, seit 1851. — J. Glaser, J. Unger und J. v. Walther, Sammlung der civilr. Entscheidungen des K. K. obersten Gerichtshofs. 5 Bde. Wien 1859—71. — v. Nettelbladt, Rechtssprüche des O. A. Gerichts zu Parchim. 6 Bde. Parch. 1834—40. 4. — Buchka und Budde (Band 6: Budde und Schmidt) Entscheidungen des O. A. Gerichts zu Rostock. Bis jetzt 9 Bde. Wismar 1855 ff. — von der Nahmer, Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen des O. A. Gerichts zu Wiesbaden. 2 Bde. Frankf. 1824 u. 25. — Flach, Entscheidungen des O. A. Gerichts zu Wiesbaden. 2 Thle. Gießen 1842 u. 44. — Ortloff, Heimbach, Schüler und Guyet, juristische Abhandlungen und Rechtsfälle (mit Entscheidungen des O. A. Gerichts zu Jena) 2 Thle. Jena 1847 u. 57. — Heise und Cropp, juristische Abhandlungen mit Entscheidungen des O. A. Gerichts der vier freien Städte. 2 Bde. Hamb. 1827 u. 30. — Sammlung der Erkenntnisse und Entscheidungsgründe des O. A. Gerichts zu Lübeck in Hamburgischen Rechtssachen, nebst den Erkenntnissen der früheren Instanzen. 3 Bde. Hamb. 1849 ff. (Erkenntnisse v. 1843—58., N. F. Bd. 1. Abth. 1. 1855. (Erk. v. 1840—42.) — Hamburger Gerichtspraxis 1. Bd. Hamb. 1859. (Erkenntnisse des O. A. Gerichts in Ham-

burger Rechtssachen v. J. 1856.) — Sammlung der Entscheidungsgründe des O. A. Gerichts der vier freien Städte Deutschlands zu Lübeck in Bremer Rechtssachen (1842—61.) 4 Bde. Bremen 1846 ff. (als Manuscript gedruckt). — Sammlung der Entscheidungen des O. A. Gerichts zu Lübeck in Lübecker Rechtssachen. Herausgegeben von C. A. T. Bruhn. 2 Bde. Lüb. 1858. — Wunderlich, die Jurisprudenz des O. A. Gerichts der vier freien Städte in bürgerlichen Rechtssachen aus Lübeck. 2 Thle. Bremen 1866. — Sammlung der Entscheidungen des O. A. Gerichts zu Lübeck in Frankfurter Rechtssachen mit Berücksichtigung der Erkenntnisse der früheren Instanzen. Herausg. von J. J. Römer (seit 1852.) 4 Bde. Frankf. bei Boselli 1854 ff. Eine zweite Sammlung unter dems. Titel, herausg. durch einen Verein von Juristen. 5 Bde. Frankf. bei J. D. Sauerländer 1854 ff. — Kierulff, Sammlung der Entscheidungen des O. A. Gerichts der vier freien Städte zu Lübeck. 7 Bde. Hamburg 1865—72. — Von hervorragendem Verdienst ist: J. A. Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in den deutschen Staaten (Bd. 11—15. herausg. von E. A. Seuffert, Bd. 16—34. von A. F. W. Preußer, Bd. 35 ff. von H. F. Schütt), erscheint seit 1847. zu München in 3 jährlichen Heften (hier schlechthin als Seuffert citirt).

VI. Praktische Arbeiten, besonders Rechtsgutachten einzelner Juristen.

Aus dem 16. Jahrhundert giebt es wenige bedeutende Juristen, von denen nicht Sammlungen der von ihnen ausgestellten Consilia et Responsa sich finden sollten, welche eines großen Ansehens sich erfreuten: es war die Zeit der communis D. D. opinio. Später bildete sich die deutsche Rechtswissenschaft immer selbständiger aus, und die praktischen Arbeiten sind bis in die neueste Zeit einflußreiche Träger des wissenschaftlichen Bewußtseins geblieben[5]), wenn auch bei ihrer Benutzung mit Vorsicht zu verfahren, und besonders das Parteiinteresse, welches sich etwa darin geltend macht, gehörig in Anschlag gebracht werden muß.

Einige dieser Sammlungen sind hier zu nennen, und zwar außer den Responsa juris des Zasius:

J. Fichard, consilia. 2 tom. Francof. 1590. fol. — Joach. Mynsinger, responsa juris. Basil. 1596. fol. — M. Wesembeck, consilia et responsa (zuerst Basil. 1575. fol.) Viteb. 1601—19. 6 tom. fol. — E. Cothmann, responsa jur. s. con-

---

[5]) Ich erinnere nur an den Städelschen Beerbungsfall, den Bentinckschen Successionsfall.

silia ac consultationes. Francof. 1613—19. 5 voll. fol. — J. H. Boehmer, consultationum et decisionum jur. 3 tom. in 7 part. Hal. 1733—54. fol. — Beckmannorum fratrum consilia et decisiones jur. 2 part. Goettg. 1784. 4. Dazu indices, conf. a T. F. W. Gerke ibid. 1789. — J. St. Pütter, auserlesene Rechtsfälle. 4 Bde. Göttg. 1763—1802. fol. — G. L. Böhmer, auserlesene Rechtsfälle, herausgegeben von Hoppenstedt. 3 Thle. Göttg. 1799—1802. 4. — v. Berg, juristische Beobachtungen und Rechtsfälle. 4 Thle. Hannover 1802—10. — Chr. Fr. Elvers, praktische Arbeiten. Rostock 1836.

Für die Benutzung dieser Sammlungen von Urtheilen und andern praktischen Arbeiten giebt es verschiedene Hülfsmittel[6]).

VII. Dogmatische Werke mit besonderer Rücksicht auf die Praxis.

Hartmanni Pistoris opera omnia. Lips. 1621. 1679. 2 voll. fol. — Jo. Schilter, praxis jur. rom. in foro german. edd. Chr. Thomasius. Francof. et Lips. 1713. fol. — S. Stryk, specimen usus moderni pandectarum. (zuerst 1690.) Edit. nov. Hal. 1749—78. 4. Auch in den opp. Francof. et Lips. 14 voll. fol. — W. A. Lauterbach, collegium pandect. theor. pract. (zuerst 1690) Ed. noviss. Tubing 1784. 3 part. 4. — J. H. de Berger, oeconomia juris ad usum hodiernum accomm. (zuerst 1712.) Edit. VIII. cura C. G. Haubold. tom. I. Lips. 1801. 4. — J. H. Boehmer, exercitationes ad pand. 6 tom. Hann. 1745—64. 4. — A. de Leyser, meditationes ad pandect. 11 voll. Lips. 1717—48. 4. voll. XII. et XIII. cura Hoepfneri. Giess. 1774. 80. — J. E. J. Müller, observationes pract. ad. Leyseri meditatt. ad pand. 6 tom. Lips. 1786—93. — J. B. de Wernher, selectae observationes forenses. 3 tom. Jen. 1738—49. fol. — T. J. Reinhart, selectae observationes ad P. Christinaei decisiones. Erford. 1743. fol. — C. F. Hommel, rhapsodia quae-

[6]) P. M. Wehner, practic. observationum jur. selectarum liber singularis (zuerst 1608. 4.) Edit. noviss. Argentor. 1701. fol. — J. Ch. C. Schroeter, repertorium juris consultatorium in praecipuas decisiones et responsa tam summorum per I. R. G. ejusque status provinciales tribunalium, quam scabinatuum et facultatum jurid. 2 voll. Lips. 1793. 94. (vol. II. ad jus. germ. pert.) — R. G. Rössig, Repertorium der in den seit 1790 erschienenen prakt. jurist. Sammlungen befindlichen rechtl. Aufsätze und Fälle. Leipzig 1802. — R. Sickel, Repertorium über die in den Jahren 1802—34 erschienenen Sammlungen juristischer Aufsätze und rechtl. Entscheidungen. 2 Bde. Leipzig 1835. — T. C. F. Enslin, Bibliotheca juridica. 2. Aufl. von W. Engelmann. Leipzig 1840. Supplementheft 1849, mit Fortsetzungen von Wuttig und Roßberg.

stionum in foro quotidie obvenientium. Ed. IV. Lips. 1783—87. 7 voll. 4. — J. A. Hellfeld, jurisprudentia forensis. (zuerst 1764.) Edit. nov. Jen. 1806. — C. F. Glück, ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, ein Commentar. 1. Ausg. Th. 1—34. Erlangen 1790—1830. Th. 34—43 fortgesetzt von C. F. Mühlenbruch ebend. 1832—43, Th. 44. 45. von Fein, Th. 46. 47. von Arndts. — v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts. 3 Bde. 3. Aufl. von Kuntze. Leipzig 1864.

Außerdem sind hier die neueren Lehr- und Handbücher und Systeme des römischen Rechts (die Pandekten) von Thibaut, Schweppe, von Wening-Ingenheim, Mühlenbruch, Puchta, Göschen, Kierulff, v. Savigny, v. Vangerow, Böcking, Arndts, v. Keller, Windscheid u. s. w. zu nennen, welche mehr oder weniger auch über die Grenzen des reinen römischen Rechts hinaus auf die moderne Rechtsbildung Rücksicht nehmen.

VIII. Selbständige Bearbeitungen des deutschen Privatrechts. (Die Germanisten.)

Die älteren Werke dieser Art bis auf Runde so wie die so zahlreichen Dissertationen germanistischen Inhalts haben fast nur ein literarhistorisches Interesse.

J. Fr. Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. Göttg. 1791. 8. von Ch. L. Runde besorgte Ausg. Göttg. 1829. — Dazu als Commentar: W. A. F. Danz, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. Bd. 1—6. Stuttg. 1796—1800. 2. Ausg. 1800—1802. — Bd. 7. 1801. Bd. 8. (von Schott) 1807. Bd. 9 und 10. (von L. F. Griesinger) 1822—23. — C. J. A. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einfluß des Handels-, Wechsels- und Seerechts. 7. Ausg. 2 Bde. Regensburg 1847. — Chr. E. Weiße, Einleitung in das gemeine deutsche Privatrecht. 2. Aufl. Leipzig 1832. — K. Fr. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einfluß des Lehenrechts. 5. Ausg. Göttg. 1845. — G. Phillipps, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. 2 Bde. 3. Aufl. Berlin 1846. — F. Ortloff, Grundzüge eines Systems des deutschen Privatrechts mit Einschluß des Lehenrechts. Jena 1828. — W. Th. Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehn- und Handelsrechts nebst beigefügten Quellen. 5. Ausg. Göttingen 1872. — R. Maurenbrecher, Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts. Bonn 1834. 2. Ausg. 1. Bd. 1840. — C. W. Wolff, Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts. 1. Bd. Göttingen 1843. — A. Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts. 1. Bd. Pforzheim 1848. — C. F. v. Gerber,

System des deutschen Privatrechts. 13. Aufl. Jena 1878. — J. F. Hillebrand, Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Handels- und Lehenrechts. 2. Aufl. 2. Abth. Zürich 1864. 65. — Bluntschli, Deutsches Privatrecht. 3. Aufl. besorgt von Dahn. München 1864. — H. G. Ph. Gengler, Lehrbuch des deutschen Privatrechts. 2 Bde. Erlangen 1854. 55. — F. Walter, System des gemeinen deutschen Privatrechts. Bonn 1855. — O. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. 1. und 2. Bd. 2. Aufl. Berlin 1882. 83. 3. Bd. 1878. 4. Bd. 1884. — P. von Roth, System des deutschen Privatrechts. 1. und 2. Th. Tübingen 1880. — Auch gehört seinem Inhalte nach hierher: H. Roesler, das sociale Verwaltungsrecht. 1. Abth. Erlangen 1872.

Außer diesen Werken giebt es noch zahlreiche Sammlungen germanistischer Abhandlungen von denselben oder verschiedenen Verfassern[7]). Hier sind nur hervorzuheben:

IX. einige juristische Zeitschriften.

Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft, begründet von F. C. v. Savigny, C. F. Eichhorn und J. F. L. Göschen. 15 Bde. Berlin 1815—50. — Archiv für civilist. Praxis, begründet von Gensler, Mittermaier und Schweitzer. Seit 1818 jährlich 1 Band. — Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, herausgegeb. von v. Linde u. A. Seit 1828 jährlich 1 Bd. — Rheinisches Museum für Jurisprudenz u. s. w. begründet von Hasse, Böckh, Niebuhr und Brandis. 1. Jahrg. Bonn 1827. Seitdem erschien der juristische Theil als: Rheinisches Museum für Jurisprudenz, bis 1834. 7 Bde. — Themis, Zeitschrift für praktische Rechtswissenschaft, herausgeg. von Chr. Fr. Elvers. 2 Bde. Göttg. 1827—29. Neue Folge Bd. 1. 1838—41. — Schäffer, Seitz, Hoffmann u. A., Archiv für praktische Rechtswissenschaft. Marburg und Leipzig seit 1853. — Gerber und Ihering (seit Band 7. Ihering u. A.), Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Jena seit 1857. — Bekker und Muther, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts. 6 Bde. Leipzig 1857—62. — Rudorff, Bruns, Roth, Merkel, Böhlau, Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Weimar seit 1861, vom 14. Bande an auch u. d. T. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germanistische Abtheilung. — Richter und Schneider, Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft. 24 Bde. Leipzig 1837—48. — Brinkmann, Dernburg

[7]) Ein Verzeichniß s. bei Kraut, Grundriß S. 79 ff. — Hierher gehören auch theilweise: J. Weiske, Rechtslexikon — enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft. 16 Bde. 2. Ausg. Leipzig 1844—61 und F. von Holtzendorff, Encyclopädie der Rechtswissenschaft. 2 Thle. in 3 Bdn. 3. Aufl. Leipzig 1880. 81.

u. A., Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft. 5 Bde. Heidelberg 1853—59. — Arndts, Bluntschli und Pözl, Kritische Ueberschau der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. 6 Bde. München 1853—59. — Pözl u. A., Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. München seit 1859. — Schletter, Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. Erlangen 1855—73. — C. S. Grünhut, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Wien seit 1874. — F. Bernhöft und G. Cohn, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft. Stuttgart seit 1878. — Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Baiern, begründet von J. A. Seuffert und C. G. Glück. Ansbach und Erlangen seit 1836. — L. Hauser, Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht mit besonderer Rücksicht auf Bayern. 5 Bde. Nördlingen 1874—1880. — Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, zunächst in Sachsen. 3 Bde. Leipzig 1838—40. N. Folge, herausgeg. von Th. Tauchnitz und W. T. Richter, ebendas. seit 1841. — Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, herausgeg. von Hotzel. Jena seit 1854. — Annalen der Justizpflege und Verwaltung in Churhessen, herausgeg. von Heuser. Cassel seit 1855. — Württembergisches Archiv für Recht und Rechtsverwaltung, herausgeg. von Kübel und Sarwey. Stuttgart seit 1858. — Archiv für die Praxis des gesammten im Großherzogthum Oldenburg geltenden Privatrechts. Oldenburg seit 1844. — Magazin für Hannoverisches Recht, Hannover seit 1850, begründet durch v. Klencke, als Neues Magazin für Hannoverisches Recht fortgesetzt von v. Düring und Wachsmuth. — Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts, herausg. von J. A. Gruchot. Hamm seit 1857, von 1877 an herausgegeben von Rastow und Küntzel. — G. Fenner und H. Mecke, Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Preußens. Jahrg. 1—10. Berlin 1870—79. — Oesterreichische Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatswissenschaft, herausgegeben von Haimerl. Wien seit 1858.

Dem deutschen Recht ausschließlich gewidmet sind:

Eranien zum deutschen Recht. 1. Lief. herausgeg. von v. Dalwigk. Heidelberg 1825. 2. und 3. Lief. herausgeg. von Falck. 1826. 28. — Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, herausgegeb. von A. L. Reyscher und W. E. Wilda, seit dem 9. Bande auch von Beseler und seit dem 17. Bande von Stobbe. 20 Bde. Leipzig und Tübingen 1839—61. — F. Hinschius und P. Hinschius, seit dem 3. Bande. J. Fr. Behrend, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen. 8 Bde. Berlin 1867—75. Band 6—8 u. d. T. Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung u. s. w. — Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtgeschichte, herausgegeben von Otto Gierke. Bis jetzt 16 Hefte. Breslau 1877 ff.

II. Die historischen Rechtsdenkmäler*).

§. 43.

Quellen des deutschen Rechts bis zum Ende des 9. Jahrhunderts.

I. Volksrechte. (Leges barbarorum).

Sammlungen.

Fr. Lindenbrog, codex legum antiquarum. Francof. 1613. fol. — Corpus juris germ. antiqui consilio Jo. Gottl. Heineccii adornavit Petr. Georgisch. Hal. 1738. 4. — Barbarorum leges antiquae — cum notis et glossariis — — collegit J. P. Canciani. Venet. 1781—92. 5 voll. fol. — Corpus juris germ. antiqui edd. F. Walter, 3 tom. Berol. 1824. — Monumenta Germaniae historica edd. G. H. Pertz tom. XV. s. legum tom. III. Hann. 1863 (enthält die L. Alamannorum und die L. Bajuvariorum von Merkel, die L. Burgundionum von Bluhme und die L. Frisionum von K. v. Richthofen). Legum tom. IV. Hann. 1868. (enthält die langobardischen Rechtsquellen von Bluhme und Boretius). — tom. V. fasc. I. Hann. 1875. (enthält Lex Saxonum, Lex Thuringorum herausgeg. von K. v. Richthofen, Edictum Theodorici herausgeg. von Fr. Bluhme). — fasc. II. Hann. 1883 (enthält Lex Ribuaria herausgeg. von R. Sohm).

Es sind dies Aufzeichnungen deutscher Stammesrechte in lateinischer Sprache, uraltes Volksrecht und spätere Satzungen, zum Theil mit Benutzung einzelner Regeln und Institute des römischen Rechts, enthaltend. Der Inhalt ist fragmentarisch und ein vollständiges Rechtssystem daraus nicht zu entnehmen. Vorzugsweise werden darin abgehandelt die Buß- und Wergeldstaxen, die Friedbruchsachen mit öffentlicher Strafe; ferner einige Rechtsverhältnisse des Königs und seiner Beamten, der Gerichte, der Kirche, des Grundeigenthums, der Familie besonders in Beziehung auf das Erbrecht; die allgemeinsten Beziehungen des Verkehrs [1]).

a) Lex Salica. Noch in heidnischer Zeit (vor 486) abgefaßt, ward sie später erweitert und in einzelnen Stücken umgeändert. Darnach stellen sich verschiedene Recensionen des handschriftlichen Textes dar, die

---

*) Kraut, Grundriß §. 2—12. — Otto Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen. 2. Abth. Braunschweig 1860. 64.

[1]) S. im Allgemeinen Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte I. §. 29—44. 143—47. — Kraut a. a. O. §. 2. 3. — F. Walter, Deutsche Rechtsgeschichte I. §. 28 ff. — H. Zöpfl, Deutsche Rechtsgeschichte §. 1—20. — Stobbe a. a. O. I. §. 1—19. — J. F. v. Schulte, Lehrbuch der deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte. (5. Aufl. Bonn 1381.) §. 22—37. — H. Brunner in v. Holtzendorff's Encyclopädie I. (4. Aufl.) S. 190 ff.)

älteren mit der s. g. Malbergischen Glosse, die jüngste als Lex Sal. emendata oder reformata bezeichnet. S. besonders G. Waitz, das alte Recht der Salischen Franken. Kiel 1846. — Lex salica ex variis quae supersunt recensionibus una cum lege Ripuariorum synoptice ed. E. A. Th. Laspeyres. Hal. Saxon. 1834. 4. — J. M. Pardessus, Loi salique ou recueil contenant les anciennes rédactions de cette loi etc. Paris 1843. 4. — Lex Salica herausgeg. von Joh. Merkel. Mit einer Vorrede von Jacob Grimm. Berlin 1850. — Lex Salica herausgeg. von J. Fr. Behrend. Berlin 1874. — Lex Salica mit der Mallobergischen Glosse, herausgeg. von A. Holder, Leipzig 1879. — Ders. Die Lex Salica mit den Glossen in zwei Textausgaben und die L. Salica emendata. Leipzig 1880. — Lex Salica, the ten textes with the glosses and lex emendata, synoptically edited by J. H. Hessels and H. Kern. London 1880. 4.

b) Lex Ribuaria (Ripuaria) s. Ribuariorum. Die ersten 31 Titel sind wahrscheinlich zwischen 511—34 verfaßt, spätere Zusätze zeigen einen Einfluß des salischen Rechts. Vgl. R. Sohm, über die Entstehung der Lex Ribuaria. Weimar 1866. (Auch in der Zeitschrift für Rechtsgesch. V. S. 380 ff.) — Ein besonderes fränkisches Gaurecht ist die Lex Francorum Chamavorum, herausgeg. von Gaupp. Breslau 1855.

c) Lex Burgundionum. Sie enthält die Gesetze der burgundischen Könige, namentlich Gundobad's († 515) und seines Sohnes Siegmund, unter dem 517 die letzte Redaction stattfand. Vgl. Bluhme im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts I. S. 48—89. — C. Binding, Geschichte des Burgundisch-romanischen Königreichs. Leipzig 1868.

d) Lex Alamannorum. Merkel unterscheidet in seiner Ausgabe in den Monumenten das älteste alamannische Volksrecht als Pactus Alamannorum, von der Redaction unter König Chlothar (613—22), und wohl ohne Grund noch eine spätere unter Herzog Lantfried (8. Jahrh.) und eine besondere Karolingische.

e) Lex Bajuvariorum, wahrscheinlich unter König Dagobert (628—38) zuerst aufgezeichnet. Merkel hat die verschiedenen Handschriften in drei Texten zusammengestellt. Später kamen dann noch Zusätze hinzu: die Edicte des Herzogs Thassilo, Synodalbeschlüsse u. s. w. Vgl. Merkel bei Pertz, Archiv XI. S. 533 ff. — P. Roth, über die Entstehung der Lex Bajuvariorum. München 1848. — Derselbe zur Geschichte des Bayrischen Volksrechts. München 1869. — Waitz in den Nachrichten der Gött. Akademie. 1869. Nr. 8. 14.

f) Lex Wisigothorum. Schon unter den Königen Eurich (466—84) und Leovigild hatten die Westgothen geschriebene Gesetze; von einer späteren Sammlung des Königs Reccared (586—601) ist ein Fragment erhalten; vor 711 kam dann die Lex. Wisigoth. zu Stande, welche unter dem Namen: Fuero juzgo (forum judicum) um die Mitte des 13. Jahrhunderts ins Spanische übersetzt ward: Fuero Juzgo en Latin y Castellano, cotejado con los mas antiguos y preciosos Códices por la Real Academia Española. Madrid 1815. fol. Vgl. Bluhme, die westgothische Antiqua oder das Gesetzbuch Reccared I. Bonn 1847. — Helfferich, Entstehung und Geschichte des Westgothenrechts. Berlin 1858. — F. Dahn, westgothische Studien. Würzburg 1874. 4.

g) Leges Langobardorum. Dies sind einzelne Gesetze langobardischer Könige in chronologischer Folge. Zuerst der Edictus König Rothers (Rotharis) v. 643; dann die Leges von Grimoald, Liutprand, Rachis, Aistulf und nach der fränkischen Eroberung die Karl des Gr. und seiner Nachfolger bis auf Lothar II. 1136. Erst im 12. Jahrhundert ward das Material zu einem systematischen Werke geordnet, doch genau mit demselben Inhalt: die s. g. Lombarda, welche Carolus de Tocco ums J. 1200 glossirte. Ausgabe von Baudi a Vesme, Edicta regum Langobardorum. vol. I. August. Taurin. 1846, wovon ein Abdruck besorgt ist von Neigebauer, München 1855. — Vgl. die Vorreden von Bluhme und Boretius zu ihrer Ausgabe in den Monumenten und über die Karolingischen Gesetze A. Boretius, die Capitularien im Langobardenreich. Halle 1864. Ferner: Joh. Merkel, die Geschichte des Langobardenrechts. Berlin 1850. — A. Anschütz, die Lombarda-Commentare des Ariprand und Albertus. Heidelberg 1855, womit zu vergleichen Siegel in den Sitzungsberichten der Wiener Akademie 1862. Juli. — v. Bethmann-Hollweg, der germanisch-romanische Civilprozeß im Mittelalter. II. S. 275 ff.

h) Lex Frisionum. v. Richthofen unterscheidet in seiner Ausgabe in den Monumenten die Lex in ihrer ursprünglichen Gestalt, für Mittelfriesland nach dessen Unterwerfung durch Karl Martell 735 abgefaßt; Zusätze dazu über das Recht von West- und Ostfriesland, nach deren Eroberung etwa 785, und die additiones sapientum, wahrscheinlich 802 hinzugefügt. Vgl. Karl von Richthofen, friesische Rechtsquellen. (Berlin 1840. 4.) p. XXVII—XLII. und: Zur Lex Saxonum S. 342. Abweichende Ansichten bei de Geer in der Zeitschr. für Rechtsgesch. VIII. S. 134 ff.

i) Lex Saxonum. Ausgabe von J. Merkel. Berlin 1853. Er unterscheidet das alte Volksrecht und fränkische Zusätze nach der Unter-

werfung, die später zu einem Ganzen vereinigt worden sind; dagegen für eine einheitliche Redaction (775 oder 777): K. von Richthofen, Zur Lex Saxonum. Berlin 1868 und Monumenta l. c. tom. V. fasc. I.

k) Lex Angliorum et Werinorum h. e. Thuringorum. Ausgabe von J. Merkel. Berlin 1851. — Die Heimath dieses Gesetzes ist in Thüringen und nicht am Niederrhein zu suchen; s. W. Th. Kraut, in den Granien zum deutschen Recht III. S. 122 ff. und überhaupt E. Th. Gaupp, das alte Gesetz der Thüringer. Breslau 1834. — K. von Richthofen Monumenta l. cit.

l) Die angelsächsischen Gesetze[2]). Die beste Ausgabe ist von Reinhold Schmid, die Gesetze der Angelsachsen. In der Ursprache mit Uebersetzung, Erläuterungen und einem antiquarischen Glossar. Leipzig 1858. Vgl. H. Brunner in v. Holtzendorff's Encyclopädie I. S. 213 ff.

II. Gesetze der fränkischen Könige. (Capitularien.)

Capitularia Regum Francorum — — coll. St. Baluzius. 2 tom. Paris 1677. — cura P. de Chiniac tom. I. Paris. 1780 tom. II. Basil. 1796. fol.

Monumenta Germaniae historica ed. G. H. Pertz. tom. III. s. Legum tom. I. Hann. 1835. tom. IV. s. Legum tom. II. 1837. fol. — Legum sectio II. Capitularia regum Francorum. Denuo edidit Alfredus Boretius. tom. I. Hann. 1883.

Walter l. c. tom. II. (nach Baluz.)

Fränkische Reichsgesetze [3]) kommen schon unter den Merovingern vor; unter den Karolingern werden sie häufiger. Doch gehören nicht alle Capitularien (von der Abtheilung in Capitel so genannt) in diese Kategorie: es finden sich auch Zusätze zu Stammesrechten, Dienstinstructionen

---

[2]) Sie werden freilich oft nicht zu den Leges barbarorum gezählt, und finden sich nicht in den Sammlungen; doch enthalten sie deutsches Volksrecht, und gehören ebensogut hierher, wie z. B. die Lex Wisigothorum. Sie sind auch wohl nur der Sprache wegen nicht in die Sammlungen aufgenommen.

[3]) Ueber die Gesetzeskraft der Capitularien s. A. Boretius, die Capitularien im Longobardenreich. (Halle 1864.) S. 14—18. — Beseler, Festgaben für G. Homeyer (Berlin 1871.) S. 1 ff. — Boretius, Beiträge zur Capitularien-Kritik (Leipzig 1874) S. 1—67. Daß B. in der ersten Schrift den Gegensatz der capitula legibus addenda und der s. g. capitula per se scribenda wirklich auf die Dauer der Geltung bezogen hat (dagegen richtete sich allein meine Polemik), steht für mich fest. Die Auslegung seiner Worte an verschiedenen Stellen und vor Allem die Bezugnahme auf das capit. ai 803 (L. L. I. p. 176) über die Bannfälle und auf die Verordnung König Liutprand's v. J. 733 (L. L. IV. p. 181) lassen darüber m. E. keinen Zweifel aufkommen. Seine spätere Erklärung erscheint daher als eine protestatio facto contraria.

der Beamten u. s. w. darunter. Eine chronologische Sammlung mit dem Abdruck des vollständigen Textes ist erst von Baluz begründet, von Pertz und Boretius verbessert und vermehrt; man citirt die einzelnen Gesetze nach dem Namen des Königs und dem Jahr der Abfassung oder nach dem Ort, wo sie erlassen worden. — Eine systematische Sammlung der Gesetze Karl des Großen und Ludwig des Frommen ward schon im J. 827 vom Abt Ansegisus in 4 Büchern mit 3 Anhängen veranstaltet. Dazu kam in der Mitte des 9. Jahrh. die Sammlung vom Mainzer Diacon Benedict (Benedictus Levita) in 3 Büchern und 4 Anhängen, welche früher als das 5—7. Buch jenes ältern Werks gedruckt zu werden pflegte, aber aus sehr verschiedenen Quellen zusammengetragen, und von Pertz daher unter die Capitularia spuria a. a. O. tom. II. P. II. p. 39—158 gesetzt ist. Vgl. Knust de Benedicti Levitae collectione capitularium l. c. p. 17—39.

III. Die Formeln.

Dies sind Formulare für die Notare zur Abfassung von Urkunden. Besonders wichtig sind die formulae Marculfi monachi in 2 Büchern aus der Mitte des 7. Jahrhunderts; der appendix dazu enthält Formeln aus späterer Zeit bis auf Ludwig den Frommen; andere Sammlungen sind nach ihren Herausgebern benannt worden: Form. Lindenbrogicae, Bignonianae, Baluzianae, Sirmondicae; oder nach der Gegend, wo sie besonders gebraucht wurden: Form. Andegavenses, Arvernenses. Eine schöne Ausgabe der fränkischen Formeln ist: Eugène de Rozière, recueil général des formules, usitées dans l'empire des Francs du v^e^ au x^e^ siècle. 1. 2. part. Paris 1859. 3. part. 1871. Die neueste Ausgabe: Monumenta Germaniae historica. Legum Sectio V. Formulae. Formulae Merovingici et Carolini aevi edd. Karolus Zeumer. Pars prior. Hann. 1882. Außerdem alamannische Formeln, s. E. Dümmler, das Formelbuch des Bischofs Salomo III. von Constanz aus dem 9. Jahrh. Leipzig 1857 und Zeumer, Neues Archiv VIII. S. 475 ff.; bairische Formeln, s. Rockinger in den Quellen zur bairischen und deutschen Geschichte VII. S. 45—186; langobardische Formeln (form. Veronenses) herausgegeben von Canciani, westgothische herausgegeben von Rozière; cf. Biedenweg, commentatio ad formulas Visigothicas. Berol. 1858.

IV. Urkunden.

Urkunden sind schriftliche Aufzeichnungen, um die Kunde von bestimmten Ereignissen und Handlungen, namentlich von Rechtsgeschäften zu bewahren. Sie enthalten zuweilen wahre Rechtsquellen, s. Beseler, Zeitschrift für Rechtsgeschichte II. S. 367 ff.; meistens bekunden sie aber nur bestimmte Rechtsverhältnisse. Diese und die dafür geltenden Normen

zeigen sie concreter und lebendiger als die Formeln, sie müssen aber für die Rechtslehre mit großer Vorsicht benutzt werden, damit man nicht etwas Vereinzeltes oder Particulares in zu weiter Geltung auffaßt. Eine genaue Berücksichtigung aller Quellen und die massenhafte Combination urkundlicher Nachrichten ist erforderlich, um sich ihrer für die Jurisprudenz mit der nöthigen wissenschaftlichen Sicherheit zu bedienen. Vor Allem ist natürlich die Echtheit der einzelnen Urkunden festzustellen, wozu die Diplomatik (ars diplomatica) die Anleitung giebt[4]).

Die uns erhaltenen italienischen Urkunden reichen bis zur römischen Zeit hinauf, s. Gaët. Marini, I papiri diplomatici. Rom. 1805. fol. Auch die fränkischen sind zum Theil sehr alt; in Deutschland kommen sie hauptsächlich seit der Errichtung der Bisthümer vor, zuerst bei den Franken, Alamannen und Baiern. Aus der großen Anzahl gedruckter Sammlungen sind etwa für die ältere Zeit hervorzuheben[5]) die von Pardessus, Schannat, Dronke, Zeuß, Meichelbeck, Neugart, Beyer, Lacomblet, Erhard, Seibertz u. s. w.

Nachweisungen gedruckter Urkunden (Regesten):

de Bréquigny, tables chronologiques des diplôms, chartes, titres et actes imprimés concernant l'histoire de France. 3 tom. Paris 1769—83. fol.[6]). — P. Georgisch, Regesta chronologico-diplomatica, in quibus recensentur omnis generis monumenta et documenta publica. 4 voll. Lips. 1740—44. fol. (bis 1730). — J. F. Boehmer, Regesta chronologica diplomatica Karolorum. Frankf. 1833. 4. — Th. Sickel, Regesten der Urkunden der ersten Karolinger (751—840). Wien 1867.

---

4) Jo. Mabillon de re diplomatica libri 6. Paris 1681. fol. Dazu supplementum ibid. 1704. fol. Beide Werke zusammen Ed. III. op. Jo. Adimari 2 tom. Neap. 1789. fol. — Nouveaux traité de diplomatique etc. par deux religieux Bénédictins de la congrégation de St. Maur (Toussain et Tassin) 6 tom. Paris 1750—65. 4. Davon die deutsche Uebersetzung von J. Ch. Adelung: Neues Lehrgebäude der Diplomatik. 6 Thle. Erfurt 1759. 4. Außerdem die Werke von Eckhard, Gatterer, Schönemann u. A.; s. Kraut, Grundriß §. 30. — Th. Sickel, Lehre von den Urkunden der ersten Karolinger (751—840). Wien 1867. — H. Brunner: das Gerichtszeugniß und die fränkische Königsurkunde (Festgabe für Heffter) Berlin 1873. — Charta und notitia (Festschriften für Mommsen) Berlin 1877. — Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde. 1 Bd. Berlin 1880.

5) S. überhaupt F. C. Dahlmann, Quellenkunde der deutschen Geschichte. 4. Aufl. besorgt von Waitz. Götting. 1875. — K. F. Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgesch. I. S. 12 ff. — H. Lörsch und R. Schröder, Urkunden zur Geschichte des deutschen Privatrechts für den Gebrauch bei Vorlesungen und Uebungen. 2. Aufl. Bonn 1881.

6) Ueber die Fortsetzung von Pardessus s. Journal des Savants 1846. Avril p. 249—50.

§. 44.

Quellen des deutschen Rechts vom Ende des 9. bis zum Ende des 15. Jahrhunderts.

Nach Auflösung des fränkischen Reichs bildete sich das deutsche Rechtswesen auf dem Grunde der früheren Rechtsquellen weiter, indem nur das in den Capitularien und den aufgezeichneten Volksrechten enthaltene Recht, soweit es überhaupt in Geltung blieb, allmählich in das Gewohnheitsrecht überging[1]). Die Gesetzgebung nahm überhaupt eine untergeordnete Stellung ein, da sie bis zur Entstehung der Landeshoheit nur von der Reichsgewalt geübt werden konnte, diese aber überhaupt und besonders bis zur Zeit der Hohenstaufen nur wenig in die Rechtsbildung eingriff. Die Reichsgesetze dieser Periode, eine Fortführung der fränkischen Capitularien für das selbständig gewordene Deutschland, finden sich bei Pertz, Monumenta Germaniae historica tom. IV. s. Legum tom. II. (bis zum Jahre 1313.) und: Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede (4 Thle. Frankf. 1747.) Th. I.

Neben der auf den Reichstagen geübten Gesetzgebung erwies sich jedoch die Regierungsgewalt der Kaiser thätig im Erlaß kaiserlicher Verordnungen, in der Ertheilung von Freibriefen und anderen Verleihungen; auch hatten die Rechtssprüche, welche unter dem Vorsitze des Kaisers in dem Hofgerichte, der curia imp. s. regis ertheilt wurden, einen bedeutenden Einfluß auf das Rechtswesen[2]). Dies war um so mehr der Fall, als die Gerichte sich damals nicht begnügten, einzelne Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden, sondern befugt waren, auf die an sie gestellte Frage auch über die Geltung von Rechtsregeln einen maaßgebenden Ausspruch zu thun, mochte dies nun mit der vollen Kraft einer bindenden Norm oder in der milderen Form einer Rechtsbelehrung geschehen. Ein solches Weisthum konnte aber nicht allein von den Gerichten, sondern auch von anderen Personen, welche man auf ihren Eid um zweifelhafte Rechtsregeln befragte, ertheilt werden, von Gemeindegenossen z. B. über die sie betreffenden Verhältnisse. So ist es geschehen, daß die Weisthümer, in Niedersachsen Ordeln, in der Schweiz Oeffnungen genannt, für das Recht des Mittelalters eine reiche Quelle der Belehrung bieten[3]).

---

[1]) Die Anführung einer Lex in späterer Zeit beweist nicht die fortdauernde Geltung der geschriebenen Quelle, da auch das gesammte Volksrecht darunter verstanden wird. In einer Urk. v. J. 1056 (M. B. vol. I. P. 1. p. 123.) wird jedoch noch ausdrücklich auf eine Stelle der L. Bajuv. (tit. 6. cp. 1. §. 2) Bezug genommen.

[2]) Beseler, die deutschen Kaiserurkunden als Rechtsquellen, in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte II. S. 367—416.

[3]) Jacob Grimm, deutsche Weisthümer. 7 Thle. Götting. 1840—78. (Th. 5, 6 und 7 [Namen- und Sachregister] bearbeitet von R. Schröder). — Oesterreichische Weisthümer. 2 Bde. Wien 1871. 75.

Eine andere Form, in welcher sich das Recht fortbildete und befestigte, war die Autonomie. Bestimmte Kreise, welche sich genossenschaftlich abschlossen, sei es in weiteren Gebieten oder in den Grenzen der Ortsgemeinde, erhielten ihr besonderes Recht durch herrschaftliche Verleihung oder freien Corporationsbeschluß oder durch eine vertragsmäßige Vereinbarung zwischen dem Herrn und den abhängigen Leuten, und so konnte es geschehen, daß diese Willkühren oder Statuten in Land und Stadt den Mangel einer eigentlichen Gesetzgebung weniger fühlbar machten. So haben sich die freien friesischen Gemeinden ihre Küren gesetzt, von denen die XVII allgemeinen Küren schon ums Jahr 1200 verfaßt sind, s. K. von Richthofen, friesische Rechtsquellen, Berlin 1840. 4. und noch das dithmarsische Landrecht v. 1447 (herausgegeben von Michelsen, Altona 1842.) ist aus einer solchen autonomischen Rechtserzeugung hervorgegangen, während in dem Landrechtsbuch Kaiser Ludwig's oder dem baierischen Landrecht v. J. 1346 schon eher der Anfang einer modernen Gesetzgebung, wenn auch nur in der Sanctionirung des geltenden Rechts zu erkennen ist[4]). Von besonderer Wichtigkeit ist aber diese autonomische Rechtsbildung in den seit dem 12. Jahrhundert zur bürgerlichen Freiheit schnell heranreifenden Städten geworden, indem der Einfluß der Grund- und Gerichtsherren sich nach der ersten Verleihung höchstens in der Bestätigung des gewillkührten Rechts geltend machte, während das unfreie oder abhängige Landvolk sich weniger unabhängig bewegen konnte, und nur die ritterlichen Dienstmannen oder Ministerialen sich eine günstigere Stellung zu verschaffen wußten.

Fehlte es also auch im Mittelalter nicht an bestimmt ausgebildeten Formen zur Begründung eines geschriebenes Rechtes, so wirkten sie doch nur vereinzelt und in beschränktem Maaße; das Gewohnheitsrecht herrschte vor, und fand in der öffentlich mündlichen Gerichtsverfassung, in der Erfahrung und Rechtskunde der Schöffen seine sicherste Stütze. Es zeigte sich indessen nach der principiellen Scheidung des Land- und Lehenrechts und des Stadtrechts sowie den immer mehr um sich greifenden geistlichen Gerichten gegenüber das Bedürfniß, für die Rechtsübung eine Anleitung und einen sicheren Anhalt zu gewinnen, und dazu dienten dann Privatarbeiten, welche das geltende Recht darstellen, — die Rechtsbücher, welche seit dem 13. Jahrhundert die wichtigsten Erkenntnißquellen des

[4]) Abgedruckt bei Heumann, opuscula (Norimb. 1747. 4.) p. 11 sq. und v. Freyberg, Sammlung histor. Schriften u. Urkunden Bd. 4. Heft 3. S. 387—498. Vgl. von der Pfordten, Studien zu Kaiser Ludwig's Oberbayerischem Stadt- und Landrechte. München 1875. — Ueber die Landesgesetzgebung dieser Periode vgl. überhaupt Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen I. §. 54.

einheimischen Rechtes geworden sind. Daneben behalten die Urkunden für die Forschung ihre frühere Bedeutung, und in den Raths= und Gerichtsprotokollen, sowie in den alten Stadt=, Grund= und Hebebüchern ist ein nicht weniger reiches Material geboten; vgl. unten §. 88. Note 9. Einiges von dem hier Angedeuteten ist nun noch mit Rücksicht auf bestimmte Quellen näher auszuführen[5]).

I. Hof= und Dienstrechte.

Aus dem alten Hofverbande, dessen Bedeutung erst durch neuere Forschungen recht ans Licht gebracht ist[6]), bildete sich für das Rechtsverhältniß der unfreien und abhängigen Leute unter einander und zu ihren Herren ein eigener Kreis von Rechtsinstituten aus, welche theils in Weisthümern, theils in bestimmten Satzungen festgestellt worden sind. Unter ihnen hob sich dann das Recht der ritterlichen Dienstmannen oder Ministerialen, welches aber v. Fürth (die Ministerialen. Köln 1838.) zu glänzend geschildert hat, besonders günstig hervor. In Grimm's Weisthümern finden sich unzählige Beispiele solcher Feststellungen; beispielsweise sind zu nennen:

Burchardi episcopi Wormatiensis leges et statuta familiae S. Petri praescripta c. a. 1042 (auch bei Walter, corpus jur. germ. ant. III. p. 775 sq.), erläutert von Gengler, das Hofrecht des Bischofs Burchard von Worms. Erlang. 1859. 4. — Das Recht der Dienstmannen des Stiftes Bamberg bei Eccard, corp. hist. med. aevi II. p. 101. Nr. 113. — Das Recht der Dienstmannen des Erzbischofs von Köln. Herausgegeben und erklärt von F. Frensdorff. Köln 1883. — Das Bischofs= und Dienstmannenrecht von Basel, herausg. von W. Wackernagel. Basel 1852. 4.

II. Die Stadtrechte.

C. Th. Gaupp, deutsche Stadtrechte des Mittelalters mit rechtsgeschichtlichen Erörterungen. 2 Bde. Breslau 1851—52. (nicht vollendet). — H. G. Ph. Gengler, deutsche Stadtrechte des Mittelalters, theils verzeichnet, theils vollständig oder in Probeauszügen. Erlang. 1852. — Derselbe, codex juris municipalis Germaniae medii aevi. Regesten und Urkunden zur Verfassungs= und Rechtsgeschichte der deutschen Städte im Mittelalter. Bd. 1. Erlang. 1863. — C. Hegel, Geschichte der Städteverfassung von Italien. 2 Bde. Leipzig 1847.

---

[5]) Vgl. im Allgemeinen Kraut, Grundriß §. 5—12. — Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen I. §. 26—56. — v. Schulte, Lehrbuch §. 57—67.

[6]) v. Maurer, Geschichte der Fronhöfe, der Bauernhöfe und der Hofverfassung in Deutschland. 4 Thle. Erlang. 1862—63. — L. A. Burckhardt, die Hofrödel von Dinghöfen Baselischer Gotteshäuser und Anderer am Oberrhein. Basel 1860.

— Arnold, Verfassungsgeschichte der deutschen Freistädte. 2 Thle. Hamb. 1854. — F. Frensdorff, die Stadt- und Gerichtsverfassung Lübecks im 12. und 13. Jahrh. Lüb. 1861. — Derselbe, das Lübische Recht nach seinen ältesten Formen. Leipzig 1872. — Derselbe, Dortmunder Statuten und Urtheile. Halle a. S. 1882. — G. L. von Maurer, Geschichte der deutschen Städteverfassung. 4 Bde. Erlangen 1869—71. — O. Gierke, das deutsche Genossenschaftsrecht I. (Berlin 1868) S. 249—84. 300 ff. II. (1873) S. 573—828. — Ein anschauliches Bild städtischer Einrichtungen und Verhältnisse giebt A. Heusler, Verfassungsgeschichte der Stadt Basel im Mittelalter. Basel 1860. S. auch dessen Ursprung der deutschen Städteverfassung. Weimar 1872.

Von besonderer Wichtigkeit sind die s. g. Mutterrechte, mit denen andere Städte bewidmet waren. Für diese ward das Gericht der Stadt, deren Recht mitgetheilt war, regelmäßig der Oberhof, an welchen das Zugrecht ging, eine Einrichtung, welche die fortgesetzte Einwirkung auf das Recht der bewidmeten Stadt möglich machte. Zu den Mutterrechten gehören die Stadtrechte von Köln, Soest, Lübeck, Magdeburg, Goslar u. a.

a) Das Stadtrecht von Straßburg aus dem 12. Jahrh. bei Walter l. c. III. p. 780 sq. — Gaupp a. a. O. S. I. 36—80.

b) Das Stadtrecht von Köln, bereits 1120 die Grundlage des Stadtrechts von Freiburg i. B., in Beziehung auf das materielle Recht aber wenig bekannt; über die Verfassung s. das Weisthum v. J. 1169 (?) und den Schiedsspruch v. J. 1258 bei Lacomblet, Urkundenbuch I. S. 302—4 und II. S. 244—52. — Ennen und Eckertz, Quellen zur Geschichte der Stadt Köln. 4 Bde. Köln 1860—70. Gedruckt sind die statuta und concordata von 1437.

c) Das Stadtrecht von Soest, in lateinischer Sprache aus dem 12. Jahrh. bei Seibertz, Urkundenbuch I. S. 48—57, und in deutscher Fassung aus der Mitte des 15. Jahrh. als: Dey aude Schrae der Stadt von Soist; ebendas. II. S. 387—417.

d) Das Stadtrecht von Lübeck, aus der ersten Hälfte des 13. Jahrh. in lateinischer Sprache erhalten, dann in deutscher Sprache fortgebildet und erweitert. Spätere Recensionen bei J. F. Hach, das alte Lübische Recht. Lüb. 1839. Vgl. das. die Einleitung und Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte. 4 Thle. Lüb. 1837—65. — A. L. J. Michelsen, der ehemalige Oberhof zu Lübeck und seine Rechtssprüche. Lüb. 1839.

e) Das Magdeburgische Recht, hauptsächlich in den Rechtssprüchen und Weisthümern des Schöffengerichts, auch nach Schlesien, Polen und Westpreußen (das Kulmische Recht) erhalten. Vgl. E. Th. Gaupp, das alte Magdeburgische und Hallische Recht. Breslau 1826.

— Th. Neumann, Magdeburger Weisthümer mit Vorwort von Gaupp. Görlitz 1852. — Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsquellen. 1 Band. Gießen 1860. — P. Laband, das Magdeburg-Breslauer systematische Schöffenrecht. Berlin 1863. — Magdeburger Rechtsquellen, herausg. von P. Laband. Königsberg 1869. — J. F. Behrend, die Magdeburger Fragen. Berlin 1865. — Derselbe: ein Stendaler Urtheilsbuch aus dem 14. Jahrh. Berlin 1868. — E. Steffenhagen, deutsche Rechtsquellen in Preußen vom XVI. Jahrhundert. Leipzig 1875.

f) Das Stadtrecht von Goslar, vor 1360 in 5 Büchern abgefaßt, herausgegeben und erläutert von Otto Göschen. Berlin 1840.

g) Das Stadtrecht von Frankfurt a. M. J. G. Chr. Thomas, der Oberhof zu Frankfurt a. M. und das fränkische Recht in Bezug auf denselben, herausgegeben von L. H. Euler und bevorwortet von J. Grimm. Frankf. 1841.

h) Die Augsburger Statuten von 1276. Ch. Mayer, das Stadtbuch von Augsburg, insbesondere das Stadtrecht v. J. 1276. Augsburg 1872.

i) Die Bremer Statuten von 1303 und 1433 bei G. Oelrichs, vollständige Sammlung alter und neuer Gesetzbücher der freien Stadt Bremen. Brem. 1771. 4.

k) Die Hamburger Statuten von 1270, 1292 und 1497 bei J. M. Lappenberg, hamburgische Rechtsalterthümer Bd. 1. Hamburg 1845.

l) Das Bamberger Stadtrecht aus dem 14. Jahrh., herausgegeben von H. Zöpfl. Heidelberg 1839.

m) Das Stadtrecht von Prag aus dem 14. Jahrh., bei F. Rößler, deutsche Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren. Mit einer Vorrede von J. Grimm. 1 Band. Prag 1845. — 2. Band: Die Stadtrechte von Brünn aus dem 13. und 14. Jahrh. Prag 1853. — Das Stadtrecht von Iglau bei J. A. Tomaschek, deutsches Recht in Oesterreich im 13. Jahrh. Wien 1859.

n) Das Münchener Stadtrecht von 1347, herausg. von Auer. München 1840.

o) Das Lüneburger Stadtrecht von 1401, bei Kraut, das alte Stadtrecht von Lüneburg. Göttingen 1846.

III. Die Rechtsbücher.

Privatarbeiten, welche zu praktischen Zwecken das geltende Recht aufzeichneten, kommen im Mittelalter häufig und auf allen Gebieten vor; wenn sie Ansehen und Vertrauen gewannen, konnten sie gewohnheitsrechtlich oder in Folge besonderer Anerkennung mit einer fast gesetzlichen

Autorität bekleidet werden, wie das Decretum Gratiani, der Liber feudorum und der Sachsenspiegel darthun. Doch nahmen die Rechtsbücher eine solche ausgezeichnete Stellung nicht nothwendig ein, wie sie denn auch, wo sie begründet war, dem Umfange nach eine sehr verschiedene sein konnte. Hier sind nur die deutschen Rechtsbücher anzuführen, und auch unter ihnen nur die bedeutendsten[7]).

a) Der Sachsenspiegel (speculum Saxonicum), welcher in ein Landrecht und Lehenrecht zerfällt. Nach einer gereimten Vorrede (praefatio rhythmica) des Verfassers ist das Rechtsbuch von dem Gerichtsschöffen Eike von Repkow, aus der Gegend von Aken im Magdeburgischen, abgefaßt, und zwar nach den neuesten Untersuchungen zwischen den Jahren 1224 und 1230[8]). Das Rechtsbuch ist in niedersächsischer Mundart geschrieben[9]), wobei die Frage offen bleibt, ob der s. g. vetus auctor de beneficiis, welcher mit dem Lehenrechtsbuch im Wesentlichen übereinstimmt, eine erste von Eike selbst verfaßte lateinische Redaction desselben ist, und ob auch, wie in der angeführten Vorrede v. 274 bis 80 angedeutet scheint, eine solche vom Landrechtsbuch angenommen werden darf. Später kommen zahlreiche Handschriften in mitteldeutscher, einige auch in oberdeutscher Sprache vor, so wie lateinische Uebersetzungen; auch ist das Werk glossirt worden, zuerst von dem märkischen Ritter Johann von Buch vor 1355. Der Zweck der Arbeit ist Darstellung des Sachsenrechts, so daß gemeinsames deutsches Recht nur vorkommt, insofern es sich um die Reichsverfassung oder um Rechtsgrundsätze handelte, in denen alle Stammesrechte übereinstimmten; zunächst berücksichtigt wird das Recht der freien Grundbesitzer, das der Unfreien und Pfleghaften nur in zweiter Linie, während das Recht der Dienstmannen und Stadtbürger ganz ausgeschlossen ist. Das Rechtsbuch, ein schönes Denkmal niedersächsischer Prosa, ist aus der vollen Kenntniß des Gewohnheitsrechts geschöpft[10]), nur wenige Sätze zeigen einen mittelbaren Einfluß des römischen Rechts[11]). — Die Zahl der erhaltenen Handschriften ist außerordentlich groß (Homeyer führt 188 an), unter diesen finden sich

---

[7]) Vgl Homeyer, die deutschen Rechtsbücher des Mittelalters und ihre Handschriften. Berlin 1856. — Kraut, Grundriß §. 10. — Stobbe a. a. O. §. 28—47.

[8]) Ficker, Ueber die Entstehungszeit des Sachsenspiegels. Innsbruck 1859. — Homeyer in seiner (3.) Ausgabe des Landrechts S. 10 ff. — Winter in den Forschungen zur deutschen Geschichte Bd. 14 (Göttingen 1874) S. 303 ff.

[9]) Homeyer a. a. O. S. 15—17. — Winter a. a. O. S. 333 ff.

[10]) Vorrede V. 151—53. „Diz recht ne han ich selve nicht underdacht, Iz haben von aldere an unsich gebracht Unse gute vore varen."

[11]) Homeyer a a. O. S. 22. nennt Landr. I. 29 und II. 63. §. 1., ich möchte noch I. 5. §. 3 hinzufügen.

Handschriften mit erläuternden Bildern (codices picturati); von besonderem Werthe ist die Quedlinburger Handschrift des Landrechts, herausgegeben von Gärtner, Leipzig 1732. fol. und von Otto Göschen, Halle 1853. Unter den Ausgaben überragt die von Homeyer alle andern an kritischem Werthe, und bietet auch für die Geschichte und Erklärung des Rechtsbuchs das reichhaltigste Material[12]).

b) Die Rechtsbücher über den Sächsischen Proceß. Unter diesen sind besonders zu nennen die s. g. Richtsteige, welche das Verfahren vor den Sächsischen Gerichten darstellen. Der Richtsteig Lehnrechts ist am besten herausgegeben von Homeyer in dem 2. Thl. 1. Band des Sachsenspiegels (s. Note 12), der Richtsteig Landrechts nebst Cautela und Premis von dems. Berlin 1857. Letzterer ist jedenfalls von Johann von Buch verfaßt. Auch gehört hierher die Blume von Magdeburg (das Magdeburger Recht) herausgeg. von H. Böhlau. Weimar 1868.

c) Die Sächsischen Stadtrechtsbücher. Das Sächsische Weichbild, wörtlich Stadtrecht von Wic, Ort, Stadt und Belede, Bilde Recht, Gesetz. Es ist eine ursprünglich aus verschiedenen Stücken bestehende Bearbeitung des Sächsischen Städterechts, die im Anfange des 14. Jahrhunderts zu einem Ganzen verbunden sind[13]).

Das Rechtsbuch nach Distinctionen, als Schlesisches Landrecht von J. E. Böhme (Diplomatische Beiträge. 6 Thle. in 2 Bdn. Berlin 1774. 75. 4.) herausgegeben, auch vermehrter Sachsenspiegel genannt. Es stammt aus der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts und beruht wesentlich auf dem Sächsischen Landrecht, Magdeburger Schöffensprüchen

---

12) C. G. Homeyer, des Sachsenspiegels erster Theil oder das Sächsische Landrecht. Nach der Berliner Handschrift v. J. 1369. 3. Ausg. Berlin 1861. — Des Sachsenspiegels zweiter Theil neben den verwandten Rechtsbüchern. Erster Band. Das Sächsische Lehnrecht und der Richtsteig Lehnrechts. Berlin 1842. Zweiter Band. Der auctor vetus de beneficiis, das Görlitzer Rechtsbuch und das (vom Herausgeber bearbeitete) System des Lehnrechts. Berlin 1844. Außerdem hat Homeyer zur Geschichte und Erklärung des Sachsenspiegels noch folgende Abhandlungen veröffentlicht: Die Stellung des Sachsenspiegels zum Schwabenspiegel (1853); der Prolog zur Glosse des Sächsischen Landrechts (1854); Johannes Klenkok wider den Sachsenspiegel (1855); über die Informatio ex speculo Saxonum (1857); die Genealogie der Handschriften des Sachsenspiegels (1859); die Stellung des Sachsenspiegels zur Parentelordnung (1860); die Extravaganten des Sachsenspiegels (1861). — Ueber eine Handschrift des Sachsenspiegels im Kölnischen Dialekte v. J. 1295 s. Lörsch, Zeitschr. für Rechtsgesch. Bd. 11. S. 267 ff.

13) Vgl. Gaupp, das alte Magdeburgische und Hallische Recht S. 119—56. — H. Mühler, Deutsche Rechtshandschriften des Stadtarchivs zu Naumburg. Berlin 1838. — Ausgaben von W. v. Thüngen. Heidelberg 1837. und A. v. Daniels, Dat buk wichbelde recht. Berlin 1853.

und besonders dem Recht der Reichsstadt Goslar, welches als das kaiserliche Buch bezeichnet ist. Das Rechtsbuch giebt eine umfassende Darstellung des in den sächsischen Städten geltenden Rechts; Sätze des römischen und canonischen Rechts werden selten angeführt[14]).

d) Der Spiegel deutscher Leute. So benennt sich ein Rechtsbuch, von welchem Ficker auf der Universitätsbibliothek zu Innsbruck eine Handschrift entdeckt hat, und welches sich als eine Bearbeitung des Sachsenspiegels darstellt, jedoch unter der Benutzung verschiedener anderer Quellen, und mit dem bestimmten Zwecke, nicht blos Stammesrecht, sondern gemeinsames deutsches Recht zu lehren. Es ist um die Mitte des 13. Jahrhunderts in Schwaben, wahrscheinlich in Augsburg entstanden[15]), trägt aber noch einen unfertigen Charakter an sich und ist wohl kaum in der Praxis angewendet worden.

e) Der Schwabenspiegel, in den Handschriften Land- und Lehnrechtsbuch, Kaiserrecht genannt, erst von Goldast in der jetzt üblichen Art bezeichnet. Die Geschichte dieses Rechtsbuchs und das Verhältniß seiner Handschriften ist erst durch die oben erwähnte Entdeckung Fickers aufgeklärt worden, indem es sich nun herausgestellt hat, daß der Schwabenspiegel eine, unter Benutzung neuer Quellen beschaffte Bearbeitung des Deutschspiegels ist[16]). Dadurch ist dann die, auch früher bereits nicht mehr zweifelhafte Ansicht, daß der Schwabenspiegel aus dem Sachsenspiegel hervorgegangen und nicht das umgekehrte Verhältniß stattgefunden habe, zur Evidenz gebracht worden[17]). Die Zeit der Abfassung des Schwabenspiegels fällt zwischen 1273 und 1286, seine Heimath ist in Schwaben oder Baiern zu suchen, vielleicht in Augsburg. Das schwäbische Recht ist besonders betont, im Allgemeinen aber wie im Deutschspiegel die Darstellung, welche sich in Landrecht und Lehenrecht scheidet, nicht blos auf Stammesrecht gerichtet. Die Genealogie der

---

14) F. Ortloff, Sammlung deutscher Rechtsquellen. Erster Band. Das Rechtsbuch nach Distinctionen und ein Eisenachisches Rechtsbuch enthaltend. Jena 1836. — Zweiter Band. Das Rechtsbuch Johannes Purgoldt's (1490 Stadtschreiber's zu Eisenach) nebst statutarischen Rechten von Gotha und Eisenach. Jena 1860. — In der Einleitung zum ersten Bande handelt der Herausgeber über die sächsischen Distinctionen und deren Ueberarbeitung, die s. g. Pölmannschen Distinctionen.

15) Vgl. J. Ficker, über einen Spiegel deutscher Leute und dessen Stellung zum Sachsen- und Schwabenspiegel. Wien 1857. — Derselbe, der Spiegel deutscher Leute. Textabdruck der Innsbrucker Handschrift. Innsbruck 1859.

16) J. Ficker, über die Entstehung des Sachsenspiegels und die Ableitung des Schwabenspiegels aus dem Deutschspiegel. Innsbruck 1859.

17) Gegen A. v. Daniels, Alter und Ursprung des Sachsenspiegels. Berlin 1853. s. Homeyer, die Stellung des Sachsenspiegels zum Schwabenspiegel. Berlin 1853.

Handschriften ist erst in neuerer Zeit genauer untersucht worden[18]); unter den Ausgaben sind außer den Abdrücken in Senckenberg's corpus jur. germ. tom. II. (Francof. 1766. fol.) zu nennen die Ausgaben des Landrechts von W. Wackernagel, Zürich und Frauenfeld 1840., und von H. G. Gengler (zum Gebrauche bei akademischen Vorträgen und mit einem Wörterbuche) Erlang. 1853. Vollständig: der Schwabenspiegel oder Schwäbisches Land- und Lehen-Rechtsbuch, nach einer Handschrift v. J. 1287 herausgegeben von F. L. Freiherrn von Laßberg. Mit einer Vorrede von A. L. Reyscher. Tübing. 1840.

f) Das s. g. kleine Kaiserrecht. Ein weitverbreitetes Rechtsbuch, vor d. J. 1320 wohl in Mitteldeutschland abgefaßt, zum Theil allgemein gehaltene Rechtssätze auf die Autorität der Kaisergewalt zurückführend. Ausgaben: bei Senckenberg, corp. jur. germ. tom. I. P. I. p. 1—124 und: Das Kaiserrecht nach der Handschrift von 1372 in Vergleichung mit andern Handschriften und mit erläuternden Anmerkungen herausgegeben von H. E. Endemann, und mit einer Vorrede versehen von B. Hildebrand. Cassel 1846. — J. v. Gosen, das Privatrecht nach dem kleinen Kaiserrecht. Heidelberg 1866.

g) Das Rechtsbuch Ruprecht's von Freisingen, für Stadt und Land des Stiftes Freisingen in der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts auf Grundlage des Schwabenspiegels bearbeitet. Zuerst herausgegeben von L. Westenrieder, dann von G. L. v. Maurer, das Stadt- und das Landrechtsbuch Ruprechts von Freisingen. Nach fünf Münchner Handschriften. Ein Beitrag zur Geschichte des Schwabenspiegels. Stuttg. und Tübing. 1839. Die Einleitung des letzten Herausgebers giebt nähere Aufschlüsse über die Geschichte des ursprünglich aus zwei besonderen Rechtsbüchern bestehenden Werkes und seine Handschriften[19]).

---

18) P. Laband, Beiträge zur Kunde des Schwabenspiegel. Berlin 1861. — J. Ficker, zur Genealogie der Handschriften des Schwabenspiegels. Wien 1862. — Laband, die Freiburger Schwabenspiegel-Handschrift, in der Zeitschr. für Rechtsgesch. III. S. 125—56. — Rockinger, Berichte über die Untersuchung von Handschriften des s. g. Schwabenspiegels. 3 Hefte. Wien 1873. 74. — Haiser, zur Genealogie der Schwabenspiegelhandschriften. 1 Heft. Weimar 1876.

19) Zum Verständnis der älteren Rechtsdenkmäler ist besonders die Kenntniß des Alt- und Mittelhochdeutschen, desgleichen der deutschen Dialecte und des im Mittelalter üblichen Lateins erforderlich. Für Letzteres ist das unvergleichliche Hülfsmittel:

Glossarium mediae et infimae Latinitatis, conditum a Carolo Dufresne domino du Cange, cum supplementis integris monachorum ordinis Sancti Benedicti, D. L. Carpentier, Adelungii suisque digessit G. A. L. Henschel. Parisiis excudebant Firmin Didot fratres. 1840—46. VI. tom. 4.

h) Oesterreichisches Landesrecht im 13. und 14. Jahrhundert. Ausgabe von V. Hasenöhrl. Wien 1867.

i) Das Rechtsbuch Johannes Purgoldt's 1490 Stadtschreiber zu Eisenach, herausgeg. von Ortloff, Sammlung deutscher Rechtsquellen. Bd. 2.

k) Matthäus von Normann, vom Wendisch-Rugianischen Landgebrauch (c. 1530), herausgeg. von H. G. Gadebusch. Stralsund 1777. 4.

§. 45.

III. Die deutschen Particularrechte.

Nach der Entwickelung der Gesetzgebung in den einzelnen deutschen Staaten sind drei Classen der Particulargesetze zu unterscheiden. Die erste Classe, welche in der ganzen Periode vom Ende des 15. bis zum Ende des 18. Jahrhunderts vorherrschte, ist dazu bestimmt, die besonderen Bedürfnisse der einzelnen Rechtsbezirke (Länder und Städte) zu befriedigen, aber in beschränkter Wirkung, indem das Particulargesetz nur neben dem gemeinen Recht, welches als Hülfsrecht ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt ward, zur Geltung gelangte. Der Zweck dieser Gesetze war daher vorzugsweise darauf gerichtet, das einheimische Recht den fremden Rechtsquellen gegenüber wenigstens für gewisse Lehren in Schutz zu nehmen und zu sichern, — mochte dies nun durch neue Satzungen oder durch die Bearbeitung älterer Rechtsquellen geschehen,

---

Für das Deutsche des Mittelalters:

J. Grimm, deutsche Grammatik. 4 Thle. Götting. 1822—1837. — E. G. Graff, althochdeutscher Sprachschatz oder Wörterbuch der althochd. Sprache. 6 Thle. Berlin 1834—42. 4. — W. Müller (und F. Zarncke), mittelhochdeutsches Wörterbuch, mit Benutzung des Nachlasses von G. F. Benecke. 3 Bde. Leipzig 1854—64. — Ch. G. Haltaus, glossarium germanicum medii aevi. 2 tom. Lips. 1758. fol. (für den Germanisten unentbehrlich). Außerdem Glossarien von Schilter, Wächter und Scherz.

Für einzelne Dialecte:

J. A. Schmeller, Bayer. Wörterbuch. 4 Thle. Stuttg. u. Tübg. 1827—37. 4. Aufl. besorgt von G. K. Frommann. 2 Bde. München 1872. 77. — K. v. Richthofen, altfriesisches Wörterbuch. Götting. 1840. 4. (zweite Abtheilung der altfries. Rechtsquellen). — Versuch eines Bremisch-niedersächsischen Wörterbuchs — — herausgeg. von der Bremisch Deutschen Gesellschaft. 5 Thle. Bremen 1767—71. Viele niedersächsische Wörter und Wendungen sind im Glossar zu Homeyers Sachsenspiegel erklärt; ein vollständiges niedersächsisches Wörterbuch ist von Kosegarten in Greifswald vorbereitet, aber durch seinen Tod unterbrochen, nur in zwei Lieferungen erschienen. Greifsw. 1856 u. 59.

welche man zugleich mit dem veränderten Rechtssysteme, so gut es ging, in Einklang zu bringen suchte. So wurden neue Landes- und Gerichtsordnungen erlassen, oder die älteren wurden reformirt oder revidirt, und Aehnliches geschah in den Städten, namentlich den Reichsstädten. — Die zweite Classe der Particulargesetze umfaßt die modernen Codificationen, welche an die Stelle des gemeinen Rechtes getreten sind und dessen Anwendung in dem Kreise ihrer Geltung ausschließen. — Die dritte Classe endlich besteht aus den reformatorischen Spezialgesetzen der neueren Zeit, welche einzelne Rechtstheile in einer gewissen Vollständigkeit und im Geiste der modernen Staatsentwickelung zu ordnen bestimmt sind.

Eine vollständige Aufzählung sämmtlicher Particularrechte liegt außerhalb des Zweckes dieses Werkes; nur die wichtigsten Gesetze aus der ersten Classe sind hier anzuführen und die der dritten Classe ihrem Gegenstande nach zu bezeichnen.

A. Particularrechte neben dem gemeinen Rechte[1]).

I. Landrechte.

Sammlungen: v. Kamptz, die Provinzial- und statutarischen Rechte in der preußischen Monarchie. 3 Thle. Berlin 1826—28. (Uebersichten und Auszüge). — R. Maurenbrecher, die Rheinpreußischen

---

[1]) Als erster schwacher Versuch die Particularrechte in umfassender Weise der wissenschaftlichen Jurisprudenz nutzbar zu machen, ist anzusehen: H. Giesebert, periculum statutorum harmoniae practicae etc. Lub. 1652. 4. — Ein Verzeichniß deutscher Particularrechte finde ich zuerst in der Anmerkung des Herausgebers zu Conrings Abhandlung de origine jur. germ. in opp. edit. J. W. Goebel, tom. VI. (Brunsvic. 1730. fol.) p. 180—86. Mehr leistete schon de Selchow, elementa jur. germ. priv. hodiern. Praemissum specimen biblioth. juris prov. et statutarii germanici, — eine Arbeit, woran die Späteren angeknüpft haben. Vgl. Mittermaier, Grundsätze I. §. 19. — Eichhorn, Einleitung §. 16. — Ortloff, Grundzüge S. 40—51. — K. Türk, Vorlesungen S. 178—287. — Philipps, Grundsätze I. §. 16—19. — Kraut, Grundriß §. 15. — C. A. Gründler, Uebersicht der Quellen der in deutschen Bundesstaaten geltenden Land- und Lehenrechte. Ilmenau 1832. — Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen II. §. 70—88. — P. v. Roth, System des deutschen Privatrechts Th. I. §. 3—40. und besonders Neubauer, das in Deutschland geltende eheliche Güterrecht unter Benutzung amtlicher Materialien zusammengestellt. Berlin 1879. 4. — Derselbe, Zusammenstellungen des in Deutschland geltenden Rechts, betr. Stammgüter, Familienfideikommisse, Familienstiftungen, bäuerliches Recht, Reallasten u. s. w., Lehnrechte unter Benutzung amtlicher Materialien. Berlin 1879. — Derselbe, Zusammenstellungen des in Deutschland geltenden Rechts betreffend verschiedene Rechtsmaterien (Expropriation, Forstrecht, Jagdrecht, Fischereirecht, Deich- und Sielrecht, Näherrecht, Gesinderecht) unter Benutzung amtlicher Materialien. Berlin 1880. — Derselbe, Zusammenstellung des in Deutschland geltenden Wasserrechts, einschließlich des Mühlen-, Fischerei- und Flößrechts und Nachträge — unter Benutzung amtlicher Materialien. Berlin

Landrechte. 2 Bde. Bonn 1830 und 31. — Von der Nahmer, Handbuch des rheinischen Particularrechts. 3 Bde. Frankfurt 1831 u. 32. (Bd. 1 u. 2 a. u. d. T.: die Landrechte des Ober- und Mittelrheins.) — G. M. v. Weber, Darstellung der sämmtlichen Provinzial- und Statutarrechte des Königreichs Bayern. 5 Bde. Augsburg 1838—44. — F. C. Arnold Beiträge zum teutschen Privatrechte. 2 Thle. Ansbach 1840 u. 42.

a) Revidirte Landesordnung der fürstlichen Grafschaft Tyrol v. 1532 (die hauptsächlichste Quelle der Hennebergischen Landesordnung v. 1539). — Neue reformirte Landesordnung der fürstl. Grafschaft Tyrol v. 1573.

b) Das Württembergische Landrecht v. 1555, rev. 1567 und 1610. Vgl. Die Vorarbeiten zum Württembergischen Landrechte vom 1. Juni 1610, im Auftrage des K. Württemb. Justizministeriums aus Archival-Urkunden herausgegeben von Ed. Faber und A. Schloßberger. Mit einer Vorrede von Dr. C. G. v. Wächter. Stuttg. 1859. — A. L. Reyscher, das gemeine und Württemb. Privatrecht. 2. Aufl. 3 Bde. Tübing. 1846—48. — C. G. v. Wächter, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts. 2 Bde. Stuttg. 1839—51 (leider unvollendet).

c) Die Constitutionen des Churfürsten August von Sachsen v. 1572. — Die Chursächsischen Decisionen v. 1661 und 1746. Vgl. H. Th. Schletter, die Constitutionen Churfürst's August von Sachsen. Leipzig 1857. — Bened. Carpzov, jurisprudentia Romano-Saxonica secundum ordinem Constitt. D. Augusti Elect. Saxon. (zuerst 1638.) Lips. 1721. fol. — Ch. G. Haubold, Lehrbuch des K. Sächs. Privat-

1881. (Diese Zusammenstellungen sind aus den amtlichen Berichten an die Reichscommission zur Entwerfung eines bürgerlichen Gesetzbuches gemacht worden; sie enthalten, wenn auch die Redaction Manches zu wünschen übrig läßt, doch für die betreffenden Lehren ein überaus wichtiges, in dieser Vollständigkeit noch nicht zusammengebrachtes Material.)

[2]) Während das s. g. gemeine Sachsenrecht im Königreich durch das neue Civilgesetzbuch außer Kraft gesetzt ist, gilt es noch in den benachbarten Fürstenthümern, wo die chursächs. Constitutionen und älteren Decisionen recipirt sind. Vgl. J. Weiske, die Quellen des gemeinen sächsischen Rechts. Leipz. 1846. — C. W. E. Heimbach, Lehrbuch des particulären Privatrechts der in den O. A. Gerichten zu Jena und Zerbst vereinten Länder. Jena 1848. 2. Theil, die Nachträge enthaltend, 1853. — G. Emminghaus, Pandekten des gemeinen Sächsischen Rechts. Jena 1851. — Th. F. Sachse, Handbuch des Großherz. Sächsischen Privatrechts. Weimar 1842. — M. Brückner, Handbuch des herzogl. Sachsen-Gothaischen Privatrechts. Gotha 1830. — F. Chr. Kümpel, Handbuch des herzogl. Sachsen-Meiningischen Privatrechts. Meiningen 1828. — Günther von Bamberg, das Schwarzburg-Rudolstädtische Privatrecht. Rudolstadt 1843.

rechts 3. Ausg. besorgt von Hänsel. Leipz. 1848. — C. F. Curtius, Handbuch des im Königreich Sachsen geltenden Privatrechts. 4 Thle. 4. Ausg. Leipz. 1846—58[2]).

d) Gerichts- und Landordnung der Grafschaft Solms und Herrschaft Minzenberg v. 1571. (Solmisches Landrecht, verfaßt von J. Fichard.) Vgl. Fuchs, über die Quellen des Solmser Landrechts in der Zeitschrift für deutsches Recht XVII. S. 292—320.

e) Churpfälzisches Landrecht v. 1582, rev. 1611 (und 1657?).

f) Würzburgische Landgerichtsordnung v. 1618. Vgl. W. v. Schelhaß, Darstellung des heut. Würzb. Landrechts. Würzburg 1856.

g) Das Ostfriesische Landrecht nebst dem Deich- und Syhlrecht (herausgegeben durch v. Wicht). Aurich 1746. 4.

h) Erzstifts Kölnische Rechtsordnung v. 1663.

i) Landrecht des Erzstifts Trier v. 1668.

k) Der Grafschaft Hohenlohe gemeinsames Landrecht v. 1738.

l) Churfürstlich Mayntzisches Landrecht v. 1755.

m) Codex Maximilianeus Bavaricus civilis oder neu verbessert und ergänzt Churbayrisches Landrecht v. 1756. Dazu vom Verfasser W. X. A. Freih. v. Kreittmayr: Anmerkungen über den Cod. Max. Bav. civ. 5 Thle. München 1758—68 fol. und öfter.

n) Unter den wissenschaftlichen Bearbeitungen anderer Particularrechte sind hervorzuheben[3]): v. Kamptz, Handbuch des Mecklenburgischen Civilrechts. Rostock und Schwerin 1824. — N. Falck, Handbuch des Schleswig-Holsteinischen Privatrechts. 4 Bde. u. Bd. 5. Abth. 1. Altona 1825—48. (leider unvollendet). — Chr. Paulsen, Lehrbuch des Privatrechts der Herzogthümer Schleswig und Holstein, wie auch des Herzogthums Lauenburg. 2. Aufl. Kiel 1842. — F. B. Grefe, Leitfaden zum Studium des Hannoverschen Privatrechts. 2 Thle. 2. Ausg. Göttg. 1838 u. 45. 3. Aufl. u. d. T.: Hannovers Recht. 2 Thle. Hannover 1860 u. 61. — O. Rudorff, das Hannoversche Privatrecht 1. Hälfte. Hannov. 1884. — Ad. Steinacker, particulares Privatrecht des Herzogthums Braunschweig. Wolffenb. 1843. — P. Roth und V. v. Meibom, Kurhessisches Privatrecht. 1 Bd. Marburg 1858. — P. Roth, Bayrisches Civilrecht. 3 Thle. Tübingen 1871—75. 1. Th. 2 Aufl. 1881. — H. H. A. Böhlau, Mecklenburgisches Landrecht. Bd. 1—3. Abth. 1. Weimar 1871—80. — Ph. Bertram, das Nassauische Privatrecht. 2. Aufl. Wiesbaden 1878.

---

[3]) Vgl. v. Roth, System I. §. 53—56.

II. Stadtrechte.

a) Die Nürnberger Reformation v. 1479. — Der Stadt Nürnberg erneuerte Reformation v. 1564.

b) Die Wormser Reformation v. 1498.

c) Die Frankfurter Reformation v. 1509. Der Stadt Frankfurt erneuerte Reformation v. 1578 (verfaßt von J. Fichard), reformirt 1611. Dazu die Anmerkungen (von Orth). 5 Thle. Frankf. 1731—37. 4. Zusätze und Register 1775. und von Souchay, 2 Thle. Frankf. 1848 u. 49. — J. v. Adlerflycht, das Privatrecht der freien Stadt Frankfurt. 5 Thle. Frankfurt 1824—32. — J. G. Bender, Lehrbuch des Privatrechts der freien Stadt Frankfurt. Frankfurt 1835.

d) Stadtrecht von Freiburg im Breisgau v. J. 1520. Ein für Süddeutschland sehr einflußreiches Statut, verfaßt von Ulrich Zasius, von dem auch die Ordnungen und Statuten der Markgrafschaft Baden v. 1511 sind.

e) Das revidirte Stadtrecht von Lübeck v. 1586. Vgl. D. Mevius, comment. in jus Lubecense libri V, zuerst Lips. 1642 u. 43. 4. — J. L. Stein, gründliche Abhandlung des Lübschen Rechts. 5 Thle. Leipz. 1738—45. — J. C. H. Dreyer, Einleitung zur Kenntniß der geistlichen und bürgerlichen Verordnungen des Raths zu Lübeck; mit Anmerkungen. Lüb. 1769. 4.

f) Das Hamburger Stadtrecht v. 1603, rev. 1605. Vgl. Chr. D. Anderson, Hamburgisches Privatrecht. 5 Thle. Hamb. 1782—92. — J. K. Gries, Commentar zum Hamburg. Stadtrecht v. 1603, herausgeg. von R. A. Westfalen. 2 Bde. Hamb. 1837. — H. Baumeister, das Privatrecht der freien und Hansestadt Hamburg. 2 Bde. Hamb. 1856.

g) In Bremen gelten noch die Statuten v. 1433. Vgl. F. Donandt, Versuch einer Geschichte des Bremischen Stadtrechts. 2 Thlee Bremen 1830. — J. F. Gildemeister, Beiträge zur Kenntniß des vaterländischen Rechts. 2 Bde. Bremen 1806—9.

h) Stadtrecht von Rostock v. 1757 (das letzte autonomisch Statut einer Landesstadt).

i) Stadtrecht von Wimpfen v. 1775.

B. Die neueren Gesetzbücher.

I. Das Preußische Allgemeine Landrecht. Schon unter Friederich Wilhelm I. angeregt und zu Anfang der Regierungszeit Friederich II. durch den Großkanzler von Cocceji in Angriff genommen, erhielt die Codification des preußischen Rechts doch erst durch die Kabinets-

ordre v. 14. Apr. 1780 ihre bestimmte Grundlage und Richtung. Am 20. März 1791 unter dem Titel: Allgemeines Gesetzbuch für die preußischen Staaten veröffentlicht, dann wieder suspendirt und in einigen Stücken revidirt, ward das Gesetzbuch als: Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten am 14. Februar 1794 publicirt[4]). Es umfaßt außer dem größten Theile des öffentlichen Rechts das gesammte Privatrecht mit Einschluß der Spezialrechte, und ist der erste gelungene Versuch, das gemeine Recht in seinen einheimischen und fremden Bestandtheilen zu einem einheitlichen Rechtssysteme zu verarbeiten[5]). Vgl. W. Bornemann, systematische Darstellung des preußischen Civilrechts. 6 Bde. 2. Ausg. Berlin 1842—44. — C. F. Koch, Lehrbuch des preuß. gem. Privatrechts. 2 Bde. 3. Ausg. Berlin 1857. 58. — C. F. Koch, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, mit Commentar und Anmerkungen. 6 Bde. 8. Aufl. besorgt von Achilles, Hinschius, Johow, Vierhaus. Berlin 1884. — A. v. Daniels, Lehrbuch des gemeinen preuß. Privatrechts. 4 Bde. Berlin 1851. 52. System des preußischen Civilrechts. 1 Bd. Berlin 1866. — O. Plathner, der Geist des preuß. Privatrechts. 2 Bde. Berlin 1859. — F. Förster, Theorie und Praxis des heut. gem. preuß. Privatrechts. 4 Bde. 4. Aufl. (besorgt von Eccius) Berlin 1881—84. — H. Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts. 1 Bd. 3. Aufl. Halle 1881. 2. Bd. 3. Aufl. 1882. 3. Bd. 1880.

II. Das Oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch vom 1. Juni 1811, ursprünglich nur für die deutschen Erblande der Monarchie bestimmt. Dazu der Commentar von Franz Edler von Zeiller (einem der Verfasser des Gesetzbuchs), 4 Bde. und 1 Bd. Register. Wien und

---

4) Vgl. Laspeyres, in der Zeitschr. für deutsches Recht VI. Nr. 1. — Heydemann, Einleitung in das System des preuß. Civilrechts I. S. 5—26.

5) Das Allg. Landrecht trat an die Stelle des gemeinen Rechts, und ließ die Provinzial- und Statutarrechte neben sich bestehen. Die beabsichtigte Codification derselben kam aber bald ins Stocken; zum Ersatz dienen die auf Anregung des Ministers von Kamptz abgefaßten Entwürfe der Provinzialrechte, unter denen hervorzuheben sind: v. Scholtz und Hermensdorf, das bestehende Provinzialrecht der Kurmark Brandenburg. 2. Ausg. 2 Bde. Berlin 1854. — A. W. Götze, das Provinzialrecht der Altmark. 2 Thle. Magdeb. 1836. — (v. Seeckt) Provinzialrecht des Herzogthums Neu-Vorpommern und des Fürstenthums Rügen. 6 Thle. Greifsw. 1836. 37. — A. Wentzel, das jetzt bestehende Provinzialrecht des Herzogthums Schlesien und der Grafschaft Glatz. Th. I. Breslau 1839. Th. II. in 2 Bden. 1840. — P. Wigand, die Provinzialrechte der Fürstenthümer Paderborn und Corvey in Westfalen. 3 Bde. Leipzig 1832. — P. Wigand, Provinzialrecht des Fürstenthums Minden, der Grafschaft Ravensberg und Rietberg, der Herrschaften Rheda und des Amtes Reckenberg in Westfalen 2 Bde. Leipz. 1834.

Triest 1811—13. — J. Winiwarter, das österreichische bürgerliche Recht. 5 Thle. 2. Aufl. Wien 1838—46. — J. Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. 1. Leipzig 1856. Bd. 2. 1859. Bd. 6. (a. u. d. T.: das österreichische Erbrecht) 1864.

III. Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, publicirt am 2. Jan. 1863. Dazu der Commentar von Siebenhaar, Siegmann und Pöschmann. 3 Bde. Leipzig 1864—65. — Siebenhaar, Lehrbuch des Sächsischen Privatrechts. Leipzig 1872.

C. Die Reformatorischen Spezialgesetze.

Hier kommen namentlich in Betracht die Vormundschaftsordnungen, die Gesindeordnungen, die Hypothekenordnungen, die Expropriationsgesetze, die Gemeindeordnungen, Gewerbeordnungen, Berggesetze, ferner die Gesetze über die Aufhebung der Leibeigenschaft, über die Allodification der Lehen, die s. g. Landeskulturgesetze über die Auftheilung der Gemeindegüter, die Ablösung der Grundlasten, die Benutzung der Privatflüsse u. s. w. Ihrer wird, soweit es für das System des gemeinen Rechts erforderlich ist, bei den einzelnen Lehren gedacht werden.

§. 46.

IV. Die Rechte verwandter Völker *).

Folgende sind für die deutsche Rechtswissenschaft von besonderem Interesse:

I. Nordische, besonders altnordische Rechte.

J. C. H. Dreyer, Beiträge zur Litteratur der nordischen Rechtsgelehrsamkeit. Hamb. 1794. — P. D. Ch. Paulsen, über das Studium des nordischen Rechts im allgemeinen und des dänischen insbes. Kiel 1826. — J. Grimm, Litteratur der altnordischen Gesetze, in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. III. S. 73—128. — C. Schildener, Gutalagh (Vorrede) Greifsw. 1818. — J. Grimm, deutsche Rechtsalterthümer. Götting. 1828 (Benutzung altnordischer und angelsächsischer Rechtsquellen neben den deutschen). — F. C. Dahlmann, Geschichte von Dänemark (3 Bde. Hamb. 1840—43.) besonders Band 2 u. 3. — K. Maurer, in der Allg. Encyklopädie f. W. u. K. I. Sect. B. 77. S. 1—136. s. v. Graagaas. — W. E. Wilda, das Strafrecht der Germanen. (Halle 1842) S. 7—61. — J. O. Stiernhöök, de jure Sueonum

*) Vgl. Mittermaier, Grundsätze I. §. 43. — Kraut, Grundriß §. 30. — H. Brunner, Ueberblick über die Geschichte der Französischen, Normannischen und Englischen Rechtsquellen in v. Holtzendorff's Encyklopädie 1. (4. Aufl.) S. 277—317.

et Gothorum vetusto. Holm. 1673. 4. — J. L. A. Kolderup-Rosenvinge, Grundrids af den danske Retshistorie. 2 Deel. 2. Udg. Kjöbenhavn 1832. (Von der ersten Ausgabe erschien eine deutsche Uebersetzung von Homeyer, Berlin 1825.) — Das jütsche Lov (Gesetzbuch des Königs Waldemar II. v. 1241 (in Eckenberger's niedersächsischer Uebersetzung herausg. von Falck, Altona 1819.) gilt noch im Herzogthum Schleswig, soweit es überhaupt anwendbar geblieben.

II. Englisches Recht.

G. Phillips, englische Reichs- u. Rechtsgeschichte seit 1066. 2 Bde. Berlin 1827. 28. — W. Blackstone, commentaries on the law of England. 4 voll. Oxford 1764—69. 4. u. öft. — J. J. Gundermann, englisches Privatrecht. 1 Th. Die common law. A. u. d. T. Besitz und Eigenthum in England. Tübingen 1864.

III. Französisches Recht.

L. A. Warnkönig und L. Stein, französische Staats- und Rechtsgeschichte. 3 Bde. Basel 1846—48. — W. Schäffner, Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs. 4 Bde. Frankf. 1845—50. — Code civil (Napoléon) publ. 1803 u. 1804. (gilt noch im Bezirke des Oberlandesgerichts zu Köln, in Rheinhessen, der baierischen Rheinpfalz, Elsaß-Lothringen und seit 1809 mit einigen Modificationen als Landrecht für das Großherzogthum Baden) — Merlin, répertoire universel et raisonné de jurisprudence. 18 voll. Edit. 5. Paris 1827 sq. 4. — K. S. Zachariä von Lingenthal, Handbuch des französischen Civilrechts. 5. Aufl. herausg. von A. Anschütz. 4 Bde. Heidelberg 1853.

IV. Italienisches Recht.

J. Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens. 4 Bde. Innsbruck 1868—74.

V. Niederländisches Recht.

L. A. Warnkönig, flandrische Staats- und Rechtsgeschichte. 3 Bde. in 5 Abth. Tübingen 1835—42. — G. Diephuis, handboek voor het Nederlandsch burgerlijk regt. deel 1—8. Groningen 1862—84.

VI. Schweizerisches Recht.

E. R. Frey, die Quellen des Basler Stadtrechts. Basel 1830. — J. C. Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt- und Landschaft Zürich. 2. Aufl. Zürich 1857. — F. Stettler, Staats- und Rechtsgeschichte des Kantons Bern. Bern 1845. — J. J. Blumer, Staats- und Rechtsgeschichte der Schweizerischen Demokratien. 2 Th. St. Gallen 1848ff. — Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, mit Erläuterungen von (dem Redaktor) Bluntschli. Bd. 1. 4. Aufl. Zürich 1871. Bd. 2. 3. Aufl. 1861. Bd. 3. 1855. Bd. 4.

2. Aufl. 1865. — Bündnerisches Civilgesetzbuch. Mit Erläuterungen des Gesetzesredaktors P. C. Planta. I. Hälfte, enthaltend das Personen- und Sachenrecht. Chur 1862. II. Hälfte 1863. — Bundesgesetz über das Obligationenrecht. Vom 14 Brachmonat 1881. Amtliche Ausgabe. Bern 1881.

VII. Recht der russischen Ostseeprovinzen.

F. G. v. Bunge, Einleitung in die Liv-, Esth- und Curländische Rechtsgeschichte und Geschichte der Rechtsquellen. Reval 1849. — Derselbe, das Liv- und Esthländische Privatrecht. 2 Thle. 2. Aufl. Reval 1847. 48. — Derselbe, das curländische Privatrecht. Dorpat 1851. — Liv-, Esth- und Curländisches Privatrecht. Zusammengestellt auf Befehl des Herrn und Kaisers Alexander II. (Redacteur F. G. von Bunge). St. Petersburg 1864. (Durch Ukas v. 20. Nov./2. Dec. 1864 mit Gesetzeskraft versehen.)

Dritter Abschnitt.

Die Rechtsverhältnisse.

§. 47.

Einleitung.

Es ist bereits früher von den Rechtsverhältnissen gehandelt worden, nämlich da, wo ihr Begriff im Gegensatze zum Rechtsinstitut und ihre Bedeutung für die juristische Methode und die Quellenlehre festgestellt ward[1]). Zu diesem Behuf kam es hauptsächlich darauf an, den inneren Zusammenhang thatsächlicher Zustände und Beziehungen, welche sich nach einem bestimmten Ziele hin im Rechtsleben entwickelt haben, anzuerkennen und zu erfassen, um für das Rechtsprincip den ihm angewiesenen Kreis seiner Herrschaft zu bestimmen. Doch mußte dabei auch zugleich einerseits auf die Zerlegung der einzelnen Rechtsverhältnisse in die zum Rechtsfall ausgeprägten concreten Gestaltungen Rücksicht genommen, und andererseits die von jeder zufälligen Aeußerung des Rechtslebens unabhängige allgemeine Substanz der Verhältnisse in ihrer auf der Vernunft und dem Wesen der menschlichen Gesellschaft begründeten Natur anerkannt werden.

Die folgende Erörterung hat es nun zunächst nur mit dem bestimmten deutschen Rechtsleben zu thun, und zwar im Kreise des gemeinen Privatrechts. Zwar wird auch hier, wie überhaupt bei einer wissenschaftlichen Rechtslehre, jene philosophische Betrachtungsweise zu Hülfe genommen werden müssen, um die gegebenen Rechtsverhältnisse in ihrer allgemeinen Bedeutung und wieder in ihrer besonderen Ausbildung zu würdigen, — ein Verfahren, welches namentlich dann unerläßlich wird, wenn sich eine gewisse Mannichfaltigkeit in der äußeren Erscheinung geltend gemacht hat, wie es besonders unter dem Einfluß römischer und

---

[1]) S. oben §. 5, 14 u. 30.

germanischer Rechtsideen, welche gleichmäßig auf unser modernes Rechtsleben eingewirkt haben, bei uns geschehen ist. So wird, um das Gesagte mit einigen Beispielen kurz zu erläutern, allenthalben, wo es schon zu einer begriffsmäßigen Trennung von Besitz und Verkehr gekommen, ja wo überhaupt nur der Einzelne als bestimmtes Rechtssubject in der Gesammtheit seine besondere Rechtsspäre einnimmt, der Gegensatz zwischen dinglichem und persönlichem Recht hervortreten. Jenes erscheint als das unmittelbare Recht, sei es nun an einer Sache oder überhaupt an einem Zustande, für welches man um seiner selbst willen Anerkennug und Schutz verlangen kann, während das persönliche Recht eben nur den besonderen Anspruch an eine bestimmt verpflichtete Person enthält, und daher auch nur gegen diese geltend zu machen ist. Aber in wie verschiedener Weise sind diese allgemeinen Begriffe bei den Römern und Germanen weiter ausgebildet und bestimmt worden! Auf der einen Seite possessio, dominium, jus in re, obligatio in ihrer festen, consequent durchgeführten Abgrenzung, und auf der andern die Gewere in ihren verschiedenen Bedeutungen und die Forderung, welche doch auch wieder mit jener in gemischten Instituten zusammentrifft, namentlich bei manchen an den Grundbesitz geknüpften Realrechten[2]). Wie verschieden stellt sich, um ein anderes Beispiel anzuführen, der Begriff der Familienmacht nach römischem und deutschem Rechte dar: die potestas mit ihrer starren, einseitigen Berechtigung und das zum Schutzverhältniß gemilderte Mundium unserer Vorfahren. Ferner: die Vereinigung Mehrer zu einer Rechtsgemeinschaft bei den Römern nur in den beiden äußersten Gegensätzen der universitas und der communio durchgeführt, während der Associationsgeist der Deutschen das zwischen diesen beiden Extremen liegende Gebiet mit dem Reichthum vielgestaltiger Genossenschaften bedeckte. Um für solche Gegensätze das rechte Maaß und Verständniß zu finden, bedarf es einer allgemeinen Einsicht in die Natur der Rechtsverhältnisse, welche bei aller Verschiedenheit den gemeinsamen Grund der einzelnen Erscheinungen zu erkennen weiß[3]). Aber die erschöpfende und systematische Darstellung dieser allgemeinen Substanz der Rechtsverhältnisse ist nicht die Aufgabe einer positiven Rechtslehre, sondern der Rechtsphilosophie, bei der jene ihren Anhalt zu suchen hat.

[2]) Vgl. Gaupp, in der Zeitschrift für deutsches Recht I. S. 86 ff.

[3]) Den germanischen Rechtsideen ist dabei ihre volle Selbständigkeit zu vindiciren: doch muß man sich vor der Einseitigkeit hüten, im Gegensatz zu der Anschauung beschränkter Romanisten nur in ihnen das Princip der Sittlichkeit verwirklicht zu finden. Gegen diese, von C. A. Schmidt, der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte (Rost. 1853.), vertretene Ansicht s. F. v. Hahn, die materielle Uebereinstimmung der römischen und germanischen Rechtsprincipien. Jena 1856.

Eine andere Seite der Betrachtung bietet wieder die ökonomische Natur der Rechtsverhältnisse, ihre Bedeutung für die Volkswirthschaft dar, deren Wissenschaft die Grundbegriffe der Güterlehre, Sache, Werth, Geld, Credit u. s. w. feststellt, und die Entwickelungsgesetze des wirthschaftlichen Volkslebens nachweist. So wie die Nationalökonomik ihrer Seits auf das Recht und dessen legitime Ansprüche die gebührende Rücksicht zu nehmen hat, so darf auch die Rechtswissenschaft die Hülfe und Ergänzung, welche die verwandte Disciplin ihr bietet, nicht von der Hand weisen[4]). Aber beide gehen doch, wenn auch in dem letzten großen Ziele einig und durch Geschichte und Philosophie verbunden, ihre besonderen Wege, und die Selbständigkeit der juristischen Auffassung ist der ökonomischen gegenüber fest zu halten, wenn auch die Gesetzgebung berufen sein kann, sie beide auszugleichen und zu versöhnen[5]). Dies wird insbesondere dann nöthig sein, wenn das Recht geschichtlich begründete Formen anzuerkennen hat, welche den Anforderungen der Volkswirthschaft nicht mehr entsprechen, wie sich in neuerer Zeit bei den agrarischen und gewerblichen Einrichtungen so oft gezeigt hat.

Die allgemeine Erörterung der Rechtsverhältnisse, wie sie hier ihre Stelle finden könnte, wird aber noch in einer anderen Beziehung beschränkt. Es giebt gewisse Begriffe, welche sich unleugbar nicht blos auf einzelne Rechtstheile beziehen, sondern in verschiedene Gebiete übergreifen und dort ihre Wirksamkeit zeigen. So der Begriff des Schadens, der Zahlung, der Zinsen. Von dem allgemeinen Theil bleiben sie aber doch passend ausgeschlossen, weil sie ihrer Natur nach einem bestimmten Abschnitt des besonderen Theils, nämlich dem Obligationenrecht angehören, und nur insofern, als auch auf anderen Gebieten, z. B. bei der Eigenthumsklage der Anspruch wegen Verwendungen und Beschädigungen, obligatorische Beziehungen gelegentlich vorkommen, dorthin verpflanzt erscheinen[6]). Selbst wenn vom Standpunkt der germanistischen Jurisprudenz an diese Begriffe Erörterungen anzuknüpfen wären, wie es in der That der Fall ist, werden sie doch nicht hier zu geben sein. Allerdings kommt aber auch in Betracht, daß das römische Recht gerade für die allgemeinen, das gesammte Rechtssystem beherrschenden Institute besonders einflußreich geworden ist, und daß daher die Erörterung derselben, insofern sich ihnen nicht eine wesentlich deutschrechtliche Modification angehängt hat, von diesem Werke nach der ihm gestellten Aufgabe ausgeschlossen werden mußte. Bei dem Vertrag freilich ist dies nicht der Fall, und systematisch richtig würde es gewesen sein, ihn seiner allge=

[4]) W. Roscher, die Grundlagen der Nationalökonomik §. 16.

[5]) Vgl. v. Gerber, System §. 6. Note 2.

[6]) S. v. Savigny, System I. S. 391. III. S. 4.

meinen Natur nach hier zu behandeln; aber gerade in dieser Beziehung ist die Herrschaft des römischen Rechts über den Vertrag doch so überwiegend, daß es bei dem Standpunkte dieses Werkes passender erschien, die ganze Lehre im Obligationenrecht, wo sie vorzugsweise ihren Sitz hat, zusammen zu fassen. — Was ferner die Einwirkung des Processes auf das materielle Recht betrifft, so ist hier nur Weniges davon aufgenommen worden, theils weil Manches, was von den Civilisten behandelt zu werden pflegt, z. B. die Lehre von der Beweislast, dem Proceßrecht anzugehören scheint, theils aber, weil eine genügende Darstellung der Rechtsinstitute, auch wenn sie eine eigenthümlich deutsche Entwickelung erhalten haben, doch nur unter steter Berücksichtigung der fremden Rechtsquellen, in denen sie principienmäßig wurzeln, gegeben werden kann. Daher ist z. B. die wichtige Lehre von der Litis Contestation hier übergangen worden.

Nach dem Angeführten beschränkt sich daher die folgende Erörterung darauf, Einzelnes aus der allgemeinen Lehre von den Rechtsverhältnissen, namentlich in Beziehung auf deren Entstehung, Aufhebung und Sicherung vom deutschrechtlichen Standpunkte aus einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

§. 48.

I. Von den Rechtsgeschäften.

Unter den Thatsachen, welche auf die Rechtsverhältnisse in Beziehung auf ihre Entstehung, Beendigung oder besondere Gestaltung den wichtigsten Einfluß ausüben[1]), sind vor Allem die Rechtsgeschäfte zu nennen. Es sind freie, gesetzlich erlaubte Handlungen, welche ausdrücklich zu dem Zwecke vorgenommen werden, auf die Rechtsverhältnisse in der angegebenen Weise einzuwirken. Unbedingt verbotene Handlungen, z. B. der Diebstahl, werden, wenn sie auch denselben Erfolg haben können, wie die Rechtsgeschäfte, nicht darunter befaßt, während dagegen ein an sich erlaubtes Geschäft dadurch, daß es in einem besonderen Fall gegen die Gesetze verstößt, z. B. lex commissoria beim Pfandrecht oder wenn verbotene Zinsen stipuliert werden, deswegen noch nicht seinen allgemeinen Charakter verliert.

---

[1]) v. Savigny a. a. O. III. S. 3 ff. bezeichnet diese Thatsachen als juristische, und giebt darüber eine genaue Uebersicht, gegen welche nur wenige Ausstellungen zu machen sind. Es ist ihm namentlich nicht beizustimmen, wenn er Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte für gleichbedeutend nimmt, da doch der erstere Ausdruck der weitere ist. So ist z. B. die Weigerung des Trassaten, einen Wechsel zu acceptiren, eine Willenserklärung, aber kein Rechtsgeschäft.

Man theilt nun die Rechtsgeschäfte ein

1. mit Rücksicht auf ihre Entstehung in zweiseitige und einseitige, je nachdem der Wille mehrerer Personen zusammentreffen muß, um sie zu Stande zu bringen, oder sie von einer Person vorgenommen werden können. Zweiseitige Rechtsgeschäfte wirken regelmäßig als Verträge, bei denen die Willensbestimmungen zum Consensus dauernd verbunden sind; doch kann es auch besondere Modificationen dieses Verhältnisses geben, wo die Vereinbarung nur als die Vorbereitung zu Geschäften erscheint, welche an sich einseitig, doch in eine gewisse Beziehung zu einander treten, eine gewisse Gemeinschaft des Willens hervorrufen, ohne daß diese zum eigentlichen Consensus erstarkte. Die Lehre von den wechselseitigen Testamenten giebt dazu die Belege: die Natur der letztwilligen Verfügung verhindert es, daß sie von der Vertragslehre erfaßt und durchdrungen werde, wenn sie auch in einzelnen Beziehungen ihr nahe kommen kann. Anders stellt sich schon die Sache, wenn durch einen Vertrag Mehre sich zur Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäftes, z. B. zur Ausstellung eines Erbverzichtes, verpflichten, oder wenn ein Geschäft zwar die Folge eines Vertrages ist, seinen eigenen Schwerpunkt aber doch nicht mehr ausschließlich in der Willenserklärung der Parteien hat, wie bei der gerichtlichen Auflassung. Das sind die feineren Nüancirungen dieser Lehre, welche sich erst bei der Darstellung der einzelnen Institute genauer werden betrachten lassen[2]).

2. Ihrem Inhalte nach theilt man die Rechtsgeschäfte auf verschiedene Weise ein, je nach den Rechtsverhältnissen, auf welche sie sich beziehen, und nach den Veränderungen, welche sie daran hervorrufen sollen. Dabei unterscheidet man zwischen denjenigen Bestandtheilen des Geschäftes, welche nothwendig zum Begriff desselben gehören, z. B. beim Kaufe die Feststellung des Preises, und solchen, welche nur eine außerwesentliche Modification begründen[3]). Hat nun das Geschäft seinen Zweck in sich selber, ohne daß es sich blos an ein anderes anlehnt, um dessen Wirkungen zu sichern oder näher zu bestimmen, so nennt man es ein Hauptgeschäft, zu welchem das Nebengeschäft den Gegensatz bildet. Dabei kann es geschehen, daß Verträge und einseitige Hand-

---

[2]) S. Beseler, Lehre von den Erbvertr. II. 1. §. 12. u. 13.

[3]) Die Schule hat diese Unterscheidung noch weiter ausgeführt, und läßt die außerwesentlichen Bestandtheile in gewöhnliche (naturalia) und zufällige oder besser außergewöhnliche (accidentalia) zerfallen, je nachdem sie auch ohne ausdrückliche Hinzufügungen wirksam sind, oder einer solchen bedürfen; s. Thibaut, System I. §. 105. Allein diese Eintheilung, welche man besonders der Beweisführung wegen gemacht hat, bezieht sich mehr auf die Bestandtheile der Rechtsverhältnisse, als der Rechtsgeschäfte.

lungen zur Erreichung desselben Zweckes mit gleichem Erfolg zur Anwendung zu bringen sind. Dies ist namentlich bei der Schenkung der Fall, welche wenigstens nicht nothwendig in Vertragsform auftritt[4]), und ferner bei dem Verzichte, über welchen hier folgende Regeln aufzustellen sind[5]).

a) Nur einem solchen Rechte, worüber die freie Verfügung zusteht, kann gültig entsagt werden; der Verzicht ist also ausgeschlossen bei Rechten, mit deren Erhaltung ein öffentliches Interesse verbunden ist, oder die mit Verbindlichkeiten gemischt sind. Doch giebt es auch in letzterer Beziehung Ausnahmen[6]).

b) Der Verzicht wird bald einseitig, bald vertragsmäßig ausgestellt, je nach den Rechtsverhältnissen, um welche es sich handelt[7]). Auch stillschweigend kann er geschehen, wenn aus concludenten Handlungen die darauf gerichtete Absicht klar hervorgeht[8]). Denn wenn Verzichte auch nicht vermuthet werden und streng zu interpretiren sind, so ist dies doch in dem Maaße zu verstehen, daß der unzweifelhafte Inhalt des Geschäftes seine Geltung behält. Darnach ist auch die Frage zu

---

[4]) v. Savigny, System IV. S. 145—65. — Der allgemeine Begriff der Schenkung, welcher für das römische Recht erst künstlich gewonnen werden muß, hat in den älteren deutschen Rechtsquellen schon an sich eine Anerkennung gefunden. Dare, donare oder tradere heißt nämlich so viel als unentgeltlich zuwenden, während kaufen den onerosen Erwerb bezeichnet; s. Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. S. 134. 135. II. 2. S. 213. — Doch kommt Gabe auch wie traditio für Uebergabe, Auflassung vor; s. Sächs. Landr. Bd. I. Art. 52. §. 1.

[5]) S. im Allgemeinen die von Schilter herausgegebene Sammlung: Tractatus praecipui de renunciationibus. Argent. 1701. 4. wo Abhandlungen von H. Giphanius, Dalnerus, Breuläus u. A. abgedruckt sind. — v. Wächter, württemb. Privatr. II. S. 643—50. — Unger, österr. Privatr. II. S. 179—89. — L. Bacher, Revision des Verzichtbegriffs in den Jahrbüchern für Dogmatik V. S. 222—62. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 16. §. 378—404.

[6]) Vgl. überhaupt Pr. A. L. R. a. a. O. §. 396—98. — Nach römischem Recht kann der Nießbrauch einseitig aufgegeben werden, L. 64. D. de usufr. (7, 1.); aber auch dem Vasallen steht es frei, einseitig das Leben zu refutiren, II. F. 38., wenn auch nach deutschem Recht nur unter gewissen formellen Beschränkungen; Schwäb. Lehenr. Cap. 6. — Aurea bulla cap. 14.

[7]) Vgl. Fritz, im Archiv für civ. Praxis VIII. S. 389—95. Das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 16. §. 302 bestimmt: „Gerichtliche Entsagungen bedürfen keiner Annahme": und das Bürgerliche Gesetzb. für das K. Sachsen §. 134. hat die noch weniger elegante Vorschrift: „Rechte erlöschen, wenn der Berechtigte darauf verzichtet. Der Annahme des Verzichters durch den Anderen (!) bedarf es nur in den Fällen, in welchen die Gesetze dies aussprechen."

[8]) Sächs. Landr. Bd. II. Art. 6. §. 4. „Svelke gave die man süt, oder svelk ordel die man vinden hort, ne weder redet he des tohant nicht, dar na mach he's nicht weder reden." — cap. 5. X. de renunciat. (I, 9.). — Thibaut System I. §. 76. — Pr. A. L. R. a. a. O. §. 389—91.

entscheiden, inwiefern ein allgemein ausgestellter Verzicht rechtliche Wirkungen hat[9]).

c) Was die Wirkung des Verzichtes betrifft, so ist dieselbe entweder

1. eine absolute, so daß das Recht, dem man entsagt, dadurch unmittelbar aufgehoben und zerstört wird[10]). Dies ist namentlich der Fall bei der Ausschlagung einer deferirten Erbschaft, so wie bei der Aufhebung des Eigenthums durch Dereliction und nach deutschem Recht bei dem Erbverzicht.

2. Der Verzicht wirkt blos obligatorisch, indem das Recht nur bestimmten Personen gegenüber vertragsmäßig aufgegeben (pactum de non petendo — Nachlaßvertrag), und diesen und ihren Erben dadurch eine Einrede gegen die Wiederaufnahme desselben von Seiten des Renuncianten erworben wird.

3. Ist durch den Verzicht weder das Recht zerstört noch bestimmten Personen eine Einrede daraus gegeben worden, so ist er ohne rechtliche Bedeutung und bindet den Renuncianten nicht. Daher ist der einseitig erklärte Verzicht in der Regel widerruflich[11]).

4. Ein Verzicht wird nicht selten zu Gunsten eines Dritten ausgestellt. Darin liegt entweder nur das Motiv der Handlung ausgesprochen, indem sie einem Andern z. B. dem nächstfolgenden Erben ipso jure zum Vortheil gereicht, oder es ist die Uebertragung des aufgegebenen Rechtes auf eine bestimmte Person beabsichtigt, und dann bedarf es des zu einer solchen Uebertragung erforderlichen Rechtsgeschäftes[12]). Das Nähere hängt von der Natur der vorliegenden Rechtsverhältnisse ab.

---

9) Mevius, dec. IX. 186. — Pufendorf, observatt. II. 43. — Das Oesterr. Gesetzbuch §. 937. bestimmt: „Allgemeine, unbestimmte Verzichtleistungen auf Einwendungen gegen die Gültigkeit eines Vertrags sind ohne Wirkung.“ Es ist darin also der Ansicht gefolgt, nach welcher ein allgemeiner Verzicht auf Einreden gegen Rechtsgeschäfte unwirksam ist; s. Sintenis, Civilrecht I. S. 25. Note 21., — wogegen sich die Cautelarjurisprudenz durch den Verzicht auf die Einrede, daß ein allgemeiner Verzicht nichts gelte, zu helfen suchte, was Falck, Handbuch des Schleswig-Holst. Privatrechts IV. S. 68. ganz unverfänglich zu finden scheint. — Vgl. auch Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 16. §. 404.

10) Die ältere Theorie unterschied diesen Fall und den des blos obligatorischen Verzichtes, indem sie eine renunciatio in rem und in personam concepta annahm, ohne jedoch den Gegensatz consequent durchzuführen; s. Siphanius in der Note 5. citirten Abhandlung, cap. ult. und überhaupt Beseler, Lehre von den Erbvertr. II. 2. S. 231 ff.

11) Vgl. Seuffert XXX. Nr. 228. und die dort Citirten.

12) Vgl. v. Wächter a. a. O. S. 646–47.

§. 49.

(Fortsetzung). Formalismus der Rechtsgeschäfte.

Bei der Eingehung der Rechtsgeschäfte kommt es nicht allein darauf an, daß der Wille des Betheiligten ein gesetzmäßiger sei und klar und verständlich genug ausgesprochen worden, um die rechtlichen Wirkungen darnach abzumessen; sondern es fragt sich auch, ob dies in der gehörigen Form geschehen sei. Der Formalismus der Rechtsgeschäfte ist von der größten Bedeutung theils zur Feststellung des Moments, von wo an sie bestimmend auf die Rechtsverhältnisse einwirken, theils zur Sicherung des Beweises. Das moderne Recht, welches aber diese ganze Lehre wenigstens in ihrer gemeinrechtlichen Stellung sehr vernachlässigt hat, pflegt vorzugsweise nur den letzteren Punkt zu berücksichtigen; in dem älteren deutschen aber, welches einen sehr reichen, fein ausgebildeten Formalismus hatte, sind beide Seiten gleichmäßig berücksichtigt worden. Die verschiedenen Geschäftsformen, welche in demselben vorkommen, lassen sich auf folgende Arten zurückführen[1]).

1. Das Symbol. Das Wahrzeichen vertrat die Sache oder stellte sinnbildlich die Handlung dar, welche in dieser Form zum bindenden Rechtsgeschäft ward, wie der Halmwurf bei dem Verzichte, der Handschlag bei dem Vertrage u. s. w.[2]).

2. Feierliche, gelehrte Worte. Sie sind bald bei einseitigen Handlungen erforderlich, bald kommen sie auch bei Verträgen vor, entweder nach Art der Stipulation in der Form von Frage und Antwort oder so, daß die Betheiligten selbständig ihre Reden sagen[3]).

3. Die Gerichtlichkeit der Handlung. Sie hat von jeher bei den Deutschen eine wichtige Stellung eingenommen, und zwar in der Weise, daß regelmäßig ein bestimmtes Gericht für die Handlungen

---

1) Vgl. Beseler, die Lehre von den Erbvertr. II. 2. S. 39 ff., wo dieser Gegenstand mit besonderer Beziehung auf die Verträge ist behandelt worden. Vgl. unten §. 109.

2) U. F. Kopp, Bilder und Schriften der Vorzeit. Bd. 1. Mannh. 1819 — J. Grimm, über die Poesie im Recht, in der Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft I. S. 25 ff. Deutsche Rechtsalterthümer. Einleitung Cap. 4. S. 109 ff. — Reyscher, über die Symbolik des germanischen Rechts, in den Beiträgen Heft I. Tübingen 1833. — R. Sohm, der Proceß der Lex Salica. Weimar 1867. — Ders., das Recht der Eheschließung (Weimar 1875) S. 34 ff. — Behrend, zum Proceß der Lex Salica (in den Festschriften für Heffter). Berlin 1873. — Val de Lièvre, Launegild und Wadia. Innsbruck 1877. — M. Pappenheim, Launegild und Garathinx, bei O. Gierke, Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte. XIV. Breslau 1882.

3) J. Grimm, deutsche Rechtsalterthümer S. 605. — Rhein. Museum für Jurispr. III. 2. S. 279 ff.

der freiwilligen Gerichtsbarkeit wie für Processe ausschließlich competent war, vor welchem dann das Geschäft vollzogen werden mußte. Die beinahe ausschließliche Geltung dieser Form nach dem Sachsenspiegel findet sich aber weder in früheren noch in späteren Quellen wieder[4]).

4. Die Schriftlichkeit ist für wichtigere Geschäfte schon früh eingeführt[5]), entweder als wesentliche Form oder so, daß sie nur zu den auch hier erforderlichen Sollennitätszeugen hinzutritt[6]). Später ward dann die Lehre von den Urkunden (Handvesten) durch den Gebrauch der Siegel noch besonders modificirt[7]).

Diese Formen, welche wieder für die einzelnen Stämme und Gegenden in sehr verschiedenen Erscheinungen auftreten, befriedigten das praktische Bedürfniß, indem man nach Vorschrift, Sitte und Uebereinkunft unter ihnen wählen konnte, ohne daß gewöhnlich nur eine bestimmte Form als wesentlich sich herausstellte[8]). Ein auch im Einzelnen ganz gleichmäßiges gemeines Nationalrecht hatte sich darüber nicht ausgebildet. Daher erklärt sich nach der Aufnahme des römischen Rechts, dem man hauptsächlich nur die für letztwillige Verfügungen vorgeschriebene Form entlehnte, ohne auch nur die stipulatio nachahmen zu können, das Schwanken, ja die Verwilderung in der Lehre vom Formalismus der Rechtsgeschäfte, welcher auch durch die Notariatsordnung nicht gefestigt ward, da diese nur ein, der Sitte und dem Bedürfniß nicht immer entsprechendes facultatives Hülfsmittel gewährte. Das Meiste geschah noch durch die Landesgesetzgebung und die Volksgewohnheit. Demnach finden wir jetzt folgende Formen in Uebung.

1. Die symbolische Form und feierliche Worte. Beides kommt nur noch ausnahmsweise vor, namentlich bei den gemischten kirchlich-rechtlichen Handlungen: der Taufe, der Trauung, der Eidesleistung; das Symbol außerdem bei gewissen Geschäften des gemeinen Lebens als Handschlag, Weinkauf, Gottespfennig, Draufgabe im Sinne

---

4) Sächs. Landr. B. I. Art. 7. 18. 52. Vgl. H. Brunner, das Gerichtszeugniß und die fränkische Königsurkunde (in den Festschriften für Heffter). Berlin 1873.

5) L. Ribuar. tit. 59. — Form. Marculfi II. 15. — L. Alam. tit. 19. 20. — L. Bajuv. tit. 15. cap. 2. 12.

6) L. Wisigoth. lib. V. tit. 4. cap. 3. — L. Bajuv. tit. 15. cap. 12. 13. Vgl. oben §. 43. Note 4. Vgl. Brunner, carta und notitia (in den Festschriften für Th. Mommsen). Berlin 1877. — Derselbe: zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde. 1 Band. Berlin 1880.

7) Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 34. 140.

8) Selbst nach dem Sachsenspiegel ist die Gerichtlichkeit ja nur insofern nothwendig, als dadurch die Möglichkeit der eidlichen Ableugnung des Geschäftes genommen ward. Nur in einzelnen Fällen, namentlich bei der Auflassung war sie unerläßlich.

der rein confirmatorischen Arrha, bei dem Zuschlag auf öffentlichen Versteigerungen u. s. w.

2. Die Gerichtlichkeit. Sie findet sich in verschiedener Weise. Bald genügt die bloße Sollennisirung des Geschäfts, z. B. eines Testaments, vor irgend einer mit Jurisdiction versehenen Behörde, bald ist die Betheiligung eines bestimmten, allein zuständigen Gerichts erforderlich. Vor diesem muß dann entweder die Handlung selbst unmittelbar vorgenommen werden, wie bei der Auflassung im ursprünglichen Sinne des deutschen Rechts, oder es genügt die Confirmation oder Bestätigung des Geschäftes, wie bei gewissen bäuerlichen Contracten, der Einkindschaft u. s. w., welche Bestätigung jedoch erst nach angestellter Voruntersuchung ertheilt zu werden pflegt. Die Verwechslung dieser verschiedenen Formen hat zu großen Verwirrungen geführt.

3. Die Schriftlichkeit. Die Liquidität einer Urkunde ward bisher erreicht durch gerichtliche Ausfertigung, wohin auch die beglaubigte Abschrift des Protokolls gehört[9]), und durch Notariatsacte nach der Notariatsordnung von 1512[10]). Jetzt gelten als öffentliche Urkunden alle diejenigen, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugniß, oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind[11]). Außerdem haben sich noch manche besondere Formen der Schriftlichkeit ausgebildet, namentlich im Handels- und Wechselrecht.

4. Die Zuziehung bestimmter Sollennitätszeugen, z. B. beim Testamente.

Abgesehen nun von dem, was bei den einzelnen Rechtslehren näher zu erörtern ist, sind hier folgende allgemeine Regeln aufzustellen:

I. Die Wahl einer Form für die Rechtsgeschäfte steht regelmäßig in dem Belieben der Betheiligten; nur wenn durch Gesetz oder Her-

[9]) Ein gerichtlich abgeschlossener Vertrag, über welchen den Parteien Abschriften des Protokolls mitgetheilt werden, gilt daher auch als ein schriftlicher; s. Winiwarter in Wagner's Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrsamkeit 1815. B. 1. Nr. XXII. §. 3.

[10]) F. Oesterley, das deutsche Notariat. 2 Th. Hannover 1842 und 1845. — Die Besiegelung der Urkunden brauchte gemeinrechtlich nur von Seiten des Notars zu geschehen (N. O. §. 3.), wenn auch für Testamente Abweichendes verfügt (das. Tit. I. §. 7. 10.), und der Gebrauch der Privatsiegel in der Praxis sehr gewöhnlich ist. Vgl. Falck, Handbuch des Schleswig-Holst. Privatrechts IV. S. 256—57, und über die öffentlichen oder s. g. authentischen Siegel J. H. Bohmer, exercitt. ad pand. IV. Ex. 67. — Vom Siegelrecht des Adels s. unten §. 179. Note 6.

[11]) Civil-Pr.-O. §. 380. Vgl. R. G. vom 1. Mai 1878, betreffend die Beglaubigung öffentlicher Urkunden.

kommen für bestimmte Geschäfte eine feste Form vorgeschrieben ist, darf diese nicht umgangen werden.

II. Eine gesetzlich vorgeschriebene Form ist im Zweifel für ein wesentliches Erforderniß zu halten, so daß ein Mangel daran Nichtigkeit des Geschäftes zur Folge hat[12]). Dies gilt namentlich auch dann, wenn die als nothwendig vorgeschriebene Gerichtlichkeit verletzt ist[13]) und es kann in diesem Fall eine nachträglich eingeholte Confirmation nicht nach Art der Ratihabition das Geschäft für die Vergangenheit gültig machen.

III. Auch die landesherrliche Bestätigung eines Rechtsgeschäftes ersetzt nicht die Mängel in der Form, es sei denn, daß particularrechtlich das Gegentheil begründet ist[14]). Dann gilt die Bestätigung selbst als Form, oder es liegt ein landesherrliches Dispensationsrecht vor, wie es namentlich in Beziehung auf die Unterlassung des Aufgebots vor der Trauung vorkommt.

IV. Die Folgen der Uebertretung der Stempelgesetze sind nach den einzelnen Particularrechten zu ermessen; meistens ist jedoch der Vorbehalt des Stempels gestattet, und im Fall der Umgehung Nachstempelung mit einer Geldstrafe, welche sich nach dem Werthe des Gegenstandes richtet, verfügt[15]). Der Zweck dieser Gesetze ist ein fiscalischer, ohne daß die Beförderung der Rechtssicherheit dabei gerade in Betracht käme.

---

12) Thibaut, System I. §. 107. Doch ist die hier aufgestellte Ansicht, daß wegen offenbarer Billigkeit der Richter von der gesetzlich vorgeschriebenen Form etwas erlassen kann, im Interesse der Rechtssicherheit durchaus zu verwerfen, und wird auch durch die dafür angeführte L. 183. D. de R. J. (wo das subveniendum im besondern technischen Sinn zu nehmen ist) nicht unterstützt. Ob ein Geschäft, dem die zu dem beabsichtigten Zwecke erforderliche Form fehlt, als ein anderes, für welches diese Form nicht nöthig, fortbestehen kann, — das hängt von den Umständen, namentlich von der Beschaffenheit der einzelnen Rechtsinstitute und dem Willen der Betheiligten ab, z. B. ob ein Testament ohne die gesetzliche Form als Codicill, eine nicht eingetragene Hypothek als Privatpfand gelten soll und kann.

13) Die Ansichten sind freilich über diesen Punkt in der Gesetzgebung und der Theorie gleich schwankend; man sehe z. B. nur die Vorschriften der hannöverischen Provinzialgesetze über die gerichtliche Confirmation der Verträge und die Folgen der Unterlassung bei Grefe, Hannovers Recht II. §. 96, und über die Auslegung jener Gesetze: D. G. Strube, rechtliche Bedenken IV. 124. — v. Bülow und Hagemann, prakt. Erörterg. IV. 83. — v. Rahmbohr, jur. Erfahrungen III. S. 976 und besonders Spangenberg, in seiner Ausgabe von Strube, II. S. 120—21.

14) Mit dieser Beschränkung ist die im Archiv für civ. Pr. IV. S. 206—16. ausgeführte Ansicht zu billigen; vgl. auch J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. I. Ex. 13. Sect. II. cap. 1. §. 18.

15) S. z. B. die Schleswig-Holst. Stempelpapier-Verordnung v. 31. Oct. 1804. §. 16. 17. 31. — Paulsen, Lehrbuch des Privatrechts der Herzogthümer Schleswig und Holstein §. 86. Vgl. oben §. 39. Note 33.

§. 50.

II. Von den Privilegien.

I. Begriff und Bedeutung. Es ist schon bemerkt worden, daß die Rechtsgeschäfte nicht die einzigen Entstehungsgründe der Rechtsverhältnisse sind; dieselben können vielmehr auch direct durch die Rechtsregeln selbst hervorgerufen werden. Das Gesetz nämlich ist nicht allein darauf gerichtet, den Erwerb von Rechten überhaupt zu gestatten oder zu vermitteln, sondern es kann sie auch unmittelbar mit einem Zustande oder einer Sache verbinden, so daß es genügt, sich in diesem Zustande (z. B. des Familienvaters, der Minderjährigkeit) zu befinden, oder das Eigenthum der Sache, z. B. des Ritterguts zu haben, um jener Rechte sich zu erfreuen, ohne daß es noch einer besondern auf die Erwerbung gerichteten Handlung bedürfte. So wie aber das Recht im objectiven Sinne seiner Beschaffenheit nach in ein gemeines oder regelmäßiges und anomalisches zerfällt[1]), so ist auch das Recht im subjectiven Sinne dieser Eintheilung unterworfen, und diejenigen Rechte namentlich, welche von einer anomalischen Rechtsregel beherrscht werden und ihr beziehungsweise ihr Entstehen verdanken, nennt man besondere Rechte, jura singularia, Rechtswohlthaten (falls sie, wie gewöhnlich, eine Begünstigung gewähren) oder Privilegien im weiteren Sinne. Hiervon sind nun wieder die Privilegien im engeren Sinne oder die s. g. individuellen Privilegien verschieden[2]). Mit jenen ist ihnen freilich gemeinsam, daß sie den Charakter des Anomalischen an sich tragen; aber sie beruhen nicht auf einer Rechtsregel, sondern auf einer speciellen Verleihung[3]) und

---

[1]) S. oben §. 3.

[2]) Im weiteren Verlauf dieser Erörterung wird das Wort nur in dieser engeren Bedeutung genommen werden, und zwar als die Befugniß aus der Verleihung, nicht aber, der Rechtsquelle entsprechend, als die Verleihung selbst, welche auch wohl als Privilegium bezeichnet wird. — Ueber die Lehre von den Privilegien ist im Allgemeinen zu vergleichen Unger, österr. Privatr. I. S. 587—96. II. S. 312—22.

[3]) Daher kann es geschehen, daß dasselbe Verhältniß je nach den Umständen bald als jus singulare, bald als Privilegium aufzufassen ist. Wo z. B. die Steuerfreiheit der Rittergüter in Folge einer Rechtsregel gilt, fällt sie unter den ersten Begriff; wo sie nur ausnahmsweise einem einzelnen Gute verliehen ist, unter den letzteren. Ja es kann das Recht, welches heute durch ein specielles Gesetz erworben werden muß, z. B. Schutz des Verlegers gegen den Nachdruck, morgen durch ein Gesetz zum Gemeingut Aller gemacht werden. Das wesentliche Merkmal der Privilegien ist daher die Art ihrer Entstehung. Ebenso ist es möglich, daß die verschiedenen Seiten eines Rechtsverhältnisses dasselbe bald als objectives, bald als subjectives Recht erscheinen lassen. Wenn z. B. der Magistrat einer Stadt mit der Staatsregierung oder der Bürgerschaft über die Ausübung der Autonomie

begründen nur ein Rechtsverhältniß für eine bestimmte Person oder Sache, also ein Recht im subjectiven Sinne. Ein solches hat aber wieder, so weit es seiner Natur nach gilt, eine dauernde Wirksamkeit, und das individuelle Privilegium unterscheidet sich daher von der Ausnahme, welche für einen einzelnen Fall von der gesetzlichen Regel gemacht wird, wie bei der Dispensation, der Begnadigung u. s. w.[4]).

II. Entstehungsgrund der Privilegien. Die Frage, welche Gewalt im Staate befugt ist, Privilegien zu ertheilen, ist wesentlich eine staatsrechtliche, da sie mit der Staatsverfassung unmittelbar zusammenhängt. Im Mittelalter, als sich die gemeine Freiheit in das getrennte Stände- und Corporationswesen aufgelöst hatte, und nicht das Recht, sondern die Rechte herrschten, spielten die Privilegien eine wichtige Rolle, welche bald von Kaiser und Reich, bald vom Kaiser allein, oder von den Landesherrn, mit oder ohne Zuziehung der Landstände, innerhalb der Corporationen auch wohl von diesen selbst kraft ihrer Autonomie ertheilt werden konnten[5]). Die spätere Jurisprudenz fügte sich dieser Entwickelung und suchte sie juristisch zu formuliren, indem sie zur Zeit der unbeschränkten Fürstenherrschaft auf das Vorbild der römischen Rescriptenlehre zurückging[6]). Ob und inwieweit von dieser Ausbildung der Lehre noch Spuren in den einzelnen Landesverfassungen sich erhalten haben, ist nach dem Inhalte des particularen Staatsrechts zu ermessen; im Sinne der jetzt geltenden Rechtsordnung muß aber die Regel aufgestellt werden, daß Ausnahmen vom Gesetze nur durch die gesetzgebende Gewalt selbst begründet werden können[7]).

---

streitet, so handelt es sich um ein Recht im subjectiven Sinne; wenn aber unter den Parteien gestritten wird, ob eine statutarische Bestimmung, von deren Anwendung der Ausgang des Processes vielleicht abhängt, von dem Magistrate gültig habe erlassen werden können, so tritt die Bedeutung der Rechtsquelle hervor, und man hat es mit dem Recht im objectiven Sinne zu thun. In diesem Sinne ist die Frage zu beantworten, ob ein Privilegium durch Gewohnheitsrecht begründet werden kann, vgl. Windscheid, Pandekten, I. §. 136 und die daselbst Angeführten.

[4]) J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. I. Ex. 13. De sublimi principum ac statuum evangelicorum dispensandi jure in causis et negotiis tam sacris quam profanis Sect. I. cap. 1. §. 9. — Besondere Regeln traten dann noch ein bei der Ertheilung der venia aetatis, der legitimatio per rescriptum u. s. w.

[5]) Vgl. Zachariä, deutsches Staats- und Bundesrecht II. §. 164.

[6]) Die ältere Theorie ist anschaulich dargestellt im Baier. Landrecht Th. I. Cap. 2. §. 16., womit v. Kreittmayrs Anmerkungen zu vergleichen. — Eine Art Ermäßigung der landesherrlichen Privilegiengewalt suchte man dann wieder vermittelst der exceptio ob- et subreptionis zu bewirken, — d. h. durch die Autorität der Gerichte. Vgl. Seuffert VIII. Nr. 108. IX. Nr. 245. XIII. Nr. 4.

[7]) Also in constitutionellen Staaten durch den Souverän und die Landesvertretung. Auch Weiß, System des deutschen Staatsrechts §. 14. stellt die Pri-

a) Das Privilegium wird unmittelbar durch die Gesetzgebung ertheilt, und zwar entweder durch ein Spezialgesetz (lex specialis), oder durch die in einem allgemeinen Gesetze begründete individuelle Ausnahme.

b) Das Gesetz stellt die allgemeinen Bedingungen für die Ertheitheilung der Privilegien auf, und überläßt die Ausführung den zuständigen Verwaltungsbehörden, wie bei der Einräumung der Erfindungspatente. In Folge einer eingetretenen Rechtsänderung kann auch die Befugniß, welche früher nur durch ein Privilegium zu erlangen war, die Folge eines allgemeinen Rechtssatzes werden, wie es z. B. nach der gesetzlichen Anerkennung des Autorrechts hinsichtlich der Privilegien gegen den Nachdruck geschehen ist.

c) Bei der Erwerbung von individuellen Rechten, welche Gegenstand besonderer Verleihung sind, macht sich auch die unvordenkliche Verjährung in ihrer regelmäßigen Wirksamkeit geltend (s. unten §. 52.); aber Privilegien im technischen Sinne werden dadurch nicht begründet.

III. Eintheilung der Privilegien.

a) Man unterschied früher nützliche und nachtheilige Privilegien (privilegia favorabilia und odiosa); jetzt werden aber nur die Ersteren unter den Privilegien verstanden.

b) Eine andere Eintheilung begründete man darauf, ob ein Vorrecht unentgeldlich, aus Gnade, oder gegen eine Leistung erworben worden (privilegia gratuita und onerosa) und brachte damit die Eintheilung in privilegia legalia und conventionalia in Verbindung, indem man im Fall der Gegenleistung einen lästigen Vertrag als Entstehungsgrund des Privilegiums annahm. Allein in Beziehung auf die rechtliche Wirkung ist es gleichgültig, ob ein Privilegium mit oder ohne Gegenleistung erworben ist, da es in beiden Fällen den Charakter des wohlerworbenen Rechtes an sich trägt; und der Vertrag über die Gegenleistung ist nicht der Entstehungsgrund, sondern das Motiv für die Verleihung des Privilegiums, welche nur durch den einseitigen Willen der Staatsgewalt vollzogen wird[8]).

---

vilegien als Ausfluß der gesetzgebenden Gewalt dar, schließt aber dennoch regelmäßig die Theilnahme der Stände bei der Verleihung derselben aus. Er faßt nämlich die Privilegien in einem so weiten Sinne auf (er zählt Rangerhöhung, Ordensverleihung u. dergl. dahin), daß zwar an eine Beschränkung des Regenten, aber auch eine Thätigkeit der Gesetzgebung bei der Verleihung in vielen Fällen nicht gedacht werden kann. Die Befugniß Ehrenrechte zu ertheilen, ist ein Attribut der Krone, welches mit dem Recht der Privilegienverleihung nicht verwechselt werden darf. — In der im Texte gegebenen Darstellung von dem Entstehungsgrunde der Privilegien bin ich übrigens von der ersten Ausgabe in wesentlichen Punkten abgewichen.

[8]) Oesterr. Gesetzbuch §. 13. „Die einzelnen Personen oder auch ganzen Körpern verliehenen Privilegien und Befreyungen sind, insofern hierüber die po-

c) Die Privilegien enthalten entweder eine Berechtigung oder Befreiung, sind also entweder affirmativ oder negativ.

d) Sie werden entweder einer bestimmten physischen oder juristischen Person ertheilt, oder mit einem Grundstück als dessen Zubehörung (Realrecht) verbunden[9]).

IV. Auslegung der Privilegien. Es kommen hier die allgemeinen Regeln über die Auslegung der Gesetze zur Anwendung; doch ist Folgendes besonders hervorzuheben.

a) Der anomalische Charakter der Privilegien bringt es mit sich, daß sie einer strengen Auslegung unterzogen werden; doch darf dies nicht so weit gehen, daß man dem bestimmten Sinn der Verleihung Gewalt anthue. Dieser ist vielmehr als die entscheidende Norm zu betrachten[10]). Eine analoge Ausdehnung auf andere Fälle, für welche das Privilegium nicht ausdrücklich erlassen worden, ist aber nie zulässig; doch ist hiermit nicht zu verwechseln, wenn ein Privilegium nach dem Vorbilde eines andern (privilegium ad instar) ist ertheilt worden[11]).

b) Ein nur der Person ertheiltes Privilegium erlischt mit deren Ableben; ist es auch auf die Erben oder Nachkommen ausgestellt, so sind darunter im Zweifel nur die Descendenten zu verstehen, es sei denn, daß es sich um reine Vermögensverhältnisse, z. B. um ein Erfindungspatent handelt[12]).

---

litischen Verordnungen keine besondere Bestimmung enthalten, gleich den übrigen Rechten zu beurtheilen." — Dagegen bestimmt freilich, der damals herrschenden Theorie folgend, das A. Pr. L. R. Einleitung §. 96.: „Privilegien und Freiheiten, welche durch einen lästigen Vertrag erworben worden, sind nach den Regeln der Verträge zu erklären und zu beurtheilen." Vgl. Schlayer, in der Zeitschrift für Civilr. und Proceß N. F. XII. S. 73.

9) In einer Entscheidung bei Seuffert IV. Nr. 7. wird untersucht, unter welchen Bedingungen die Pertinenzqualität eines Apothekerprivilegiums anzunehmen ist. — Man hat auch wohl nach Art der jura singularia solche Privilegien angenommen, welche mit einem concreten Rechtsverhältniß, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Person oder Sache, verbunden sind (privilegia causae). Allein eine solche Abstraction widerspricht der Natur eines concreten Rechtsverhältnisses, und es ist daher nicht auffallend, daß Wächter, württemb. Privatr. II. S. 336. kein Beispiel von dem privilegium causae hat finden können, und Unger, österr. Privatr. I. S. 589. Note 31. ein falsches anführt.

10) J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. I. Ex. 14. cap. 2. §. 9—14. — Glück, Pandecten-Commentar I. §. 99. — Pr. A. L. R. Einleitung §. 54—58.

11) Thibaut, System I §. 33. — Kierulff, Theorie I. S. 57.

12) Diese Beschränkung der im Text angegebenen Interpretationsregel halte ich für nothwendig; im Uebrigen ist zu vergleichen Leyser, meditt. ad pand. Sp. XI. med. 1. — Glück, a. a. O. §. 100. — Seuffert IV. Nr. 65. VIII. Nr. 158.

V. Aufhebung der Privilegien. Privilegien werden aufgehoben wie andere Rechte, ohne daß für sie abweichende Grundsätze anzunehmen sind, also namentlich

a) wenn in der Art der Verleihung schon die Veranlassung zur Aufhebung gegeben ist, z. B. durch den Vorbehalt des Widerrufs, Einräumung für einen bestimmten Zweck, auf eine bestimmte Zeit u. s. w.[13]).

b) Wenn das berechtigte Subjekt durch den Tod des Menschen, die Auflösung der juristischen Person oder den Untergang der Sache weggefallen ist[14]).

c) Wenn die Aufhebung durch die Gesetzgebung verfügt wird, wobei die allgemeinen Grundsätze über die Aufhebung wohlerworbener Rechte ihre Anwendung finden.

d) Wenn der Privilegirte sein Recht freiwillig aufgiebt, was auch durch Nichtgebrauch geschehen kann, insofern darin ein stillschweigender Verzicht zu erkennen ist[15]). Sonst ist die Aufhebung durch Nichtgebrauch außer den Fällen, wo das fragliche Rechtsverhältniß derselben überhaupt unterworfen ist, bei Privilegien nicht anzunehmen[16]).

e) Mißbrauch des Privilegiums von Seiten des Berechtigten ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kein Aufhebungsgrund, wenn bei der Verleihung dem nicht vorgesehen ist. Doch hat die deutsche Jurisprudenz, gestützt auf eine Stelle des canonischen Rechts[17]), die auch in Particularrechte aufgenommene Regel[18]) ausgebildet, daß wegen groben Mißbrauchs

---

[13]) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 67—69.

[14]) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 63. „Privilegien, welche einer bestimmten Person verliehen werden, erlöschen mit dem Abgange des Privilegirten. §. 64. Dagegen gehen Rechte und Pflichten, welche der Sache ankleben, auf einen jeden Besitzer über, in so ferne die Gesetze oder die Verleihungsurkunden nicht ausdrücklich ein anderes besagen. §. 65. Ist ein oder der andere Besitzer zur Ausübung des der Sache anklebenden Rechts unfähig, so ruhet dieses Recht so lange, bis die rechtlichen Hindernisse wieder gehoben sind. §. 66. Ist das Privilegium oder Recht auf die Person, in Verbindung mit der Sache gerichtet, so erlöscht dasselbe durch die Trennung des Besitzers und der Sache."

[15]) cap. 6. 15. X. de privilegiis (5. 33). Vgl. Steppes, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß XIV. S. 126—36.

[16]) Man gelangte dazu, indem man die so eben angeführten Decretalen, in denen man eine allgemeine Bestimmung über den Nichtgebrauch zu finden glaubte, da sie doch nur vom stillschweigenden Verzicht handeln, mit L. 1. D. de nundinis (50. 11.) combinirte. Aber diese Stelle enthält nur eine ganz vereinzelte Bestimmung über die Marktprivilegien. S. Fritz, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß IV. S. 201—10. — Unger a. a. O. II. S. 370 ff.

[17]) Can. 5. Dist. 74. — Nam privilegium meretur amittere, qui permissa sibi abutitur potestate. —

[18]) Baier. Landrecht Th. I. Cap. 2. §. 16. — (Das Privilegium erlöscht) „15to durch den Widerruf, wenn selber entweder in dem Privilegium ausdrück-

dem Berechtigten das Privilegium zur Strafe entzogen werden kann, — eine Regel, deren praktische Uebung durch die allgemeine Richtung des modernen Staatswesens immer mehr befestigt werden mußte[19]).

III. Einwirkung der Zeit auf die Rechtsverhältnisse.

§. 51.

Zeitberechnung und Zeitfristen.

Die Einwirkung der Zeit auf die Entstehung oder Aufhebung der Rechtsverhältnisse, welche sich mit sehr verschiedenen Folgen geltend macht, kann in dreifacher Weise begründet sein. Entweder ist es nämlich allgemein durch eine Rechtsregel vorgeschrieben, daß mit dem Ablauf einer bestimmten Zeit unter den gegebenen Umständen gewisse Folgen von selbst eintreten sollen, wie bei der Verjährung, den Altersstufen. Oder es wird von einer Behörde für einen einzelnen Fall ausdrücklich eine Frist festgesetzt, welche auf die individuellen Rechtsverhältnisse einwirkt, mag dabei nun blos das Eintreten einer schon gesetzlich fixirten Ordnungsfrist vom Richter bestimmt, oder auch die Dauer nach den Umständen abgemessen werden, wie es regelmäßig bei den Edictalcitationen geschieht. Endlich der dritte Fall liegt dann vor, wenn die Betheiligten selbst vertragsmäßig oder letztwillig Anfang oder Ende der Rechtsverhältnisse von Zeitbestimmungen abhängig gemacht haben. In allen diesen Fällen, welche zum Theil wieder bei den verschiedenen Rechtsinstituten ihre eigenthümliche Ausprägung erhalten haben, kommen natürlich für die Lehre von der Zeit bestimmte Rechtsregeln zur Anwendung, welche nur in Verbindung mit demjenigen Institut, zu welchem sie gehören, ihre nähere Erörterung finden können; aber Manches hat doch auch eine allgemeinere Gültigkeit, und dieses ist hier zu behandeln[1]).

I. Der Kalender. Der Kalender, welcher dazu bestimmt ist, für die schwankenden Zeiträume menschlicher Verhältnisse das feste Maaß zu

---

lich vorbehalten, oder aber durch groben Mißbrauch, begangenes Verbrechen oder andere Rechtserhebliche Ursachen veranlaßt wird." — Pr. A. L. R. Einleitung §. 72. „Wer eines groben Mißbrauch seines Privilegii, zum Schaden des Staats, oder seiner Mitbürger, durch richterliches Erkenntniß schuldig befunden wird, der hat sein Recht verwirkt, und kann keine Entschädigung dafür fordern."

[19]) v. Kreittmayr, Anmerkungen ad l. c. Nr. 15. — Glück, Commentar II. §. 109. — Thibaut, System I. §. 42. — Mühlenbruch, doctr. pand. I. §. 81. — Puchta, Pandecten §. 31.

[1]) Ich bin in der folgenden Darstellung hauptsächlich der Ausführung von Savigny, System IV. S. 318—479. gefolgt, die wieder in ihrem technischen Theile besonders auf L. Ideler, Handbuch der mathematischen und technischen Chronologie. 2 Bde. 1825 und 1826. beruht.

geben, ist uns von den Römern überkommen; doch gilt jetzt in Deutschland allgemein der verbesserte Gregorianische Kalender, welcher sich von dem Julianischen durch die Regulirung der Schaltzeit unterscheidet. Am Schalttage selbst ist aber eigentlich nichts geändert; derselbe ward zwar bei den Römern an den 24. Februar angehängt[2]), bei uns wird er voran gestellt, so daß jetzt im Schaltjahre der Matthiastag auf den 25. fällt, — im Uebrigen ist das Verhältniß dasselbe geblieben. Darauf stützt sich die Ansicht, daß auch jetzt der Schalttag mit dem darauf folgenden rechtlich nur einen Tag ausmacht[3]). Andere dagegen legen darauf ein Gewicht, daß jetzt die Monatstage gezählt werden[4]), und der Schaltag seine eigene Zahl hat, woraus gefolgert wird, daß er als einen Tag für sich gilt[5]). Die erstere Ansicht hat die Consequenz des Julianischen Kalenders für sich; die zweite entspricht der Anschauungsweise des täglichen Lebens, welche sich in der Uebung des Geschäftslebens zum Gewohnheitsrecht ausgebildet hat. Auch steht ja schon nach römischem Recht so viel fest, daß in Vertragsverhältnissen bei

---

[2]) S. Th. Mommsen, röm. Chronologie (2. Ausg.). S. 279 ff. und Jahrbuch des gem. Rechts III. Nr. 14.

[3]) Koch, Belehrungen über die Mündigkeit zum Testiren. (Gießen 1796.) §. 9. — Thibaut, System I. §. 96. — Falck, Handbuch des Schleswig-Holst. Privatrechts IV. S. 19. — v. Savigny, S. 453—79.

[4]) Zuweilen pflegt man freilich noch in gewissen Fällen die Tagesnamen ohne die Zahl anzugeben; die Landwirthe z. B. rechnen die geschlossene Zeit von Georgi bis Bartholomäi (23. Apr. bis 24 Aug.); oft wird eine Zahlung, Ablieferung u. dergl. auf Johannis, Martini festgesetzt u. s. w.

[5]) Lauterbach, coll. theor. pract. pand. lib. XLIV. t. 3. §. 1. — Glück, Commentar III. S. 525—27 — Reyscher, württemb. Privatr. I. §. 117. — Winiwarter, das österr. bürgerliche Recht IV. S. 62., der besonders hervorhebt, daß, wenn man den 24. Febr. noch als Schalttag ansehen wollte, auch der 25., 26. 27. und 28. Februar eines Gemeinjahrs mit dem 26., 27., 28. und 29. eines Schaltjahrs zusammen fallen würden. — Bornemann, systemat. Darstellung des preuß. Civilrechts I. S. 198. — Unger, österr. Privatr. II. §. 106. Note 37. 38. — Vgl. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 548. „Durch die bei Schaltjahren zutretenden Tage wird die Verjährungszeit nicht geändert. §. 549. Ist die Verjährung in einem Schaltjahre mit dem 29. Febr. angefangen, so läuft sie mit dem letzten Februar desjenigen Jahres ab, welches die Verjährungsfrist beschließt" — Th. II. Tit. 8. §. 858 „Ist die Verfallzeit des Wechsels nach Jahren bestimmt: so ist selbiger an eben dem Monatstage des Zahlungsjahres verfallen, an welchem er ausgestellt worden. §. 859. Sollte in diesem Fall der Wechsel in einem Schaltjahr am 29. Febr. ausgestellt sein: so tritt im Zahlungsjahre, wenn dasselbe kein Schaltjahr ist, der 28. Febr. an dessen Stelle." — v. Savigny a. a. O. S. 476 ff. entnimmt gerade umgekehrt aus diesen Stellen, daß das preußische Recht die römische Berechnung des Schalttages beibehalten habe; doch scheint weder das Eine noch das Andere mit Sicherheit daraus hervorzugehen.

Berechnung des Schalttags die Absicht der Parteien den Ausschlag geben soll[6]).

II. Die bewegliche Zeit und deren Reduction Die im Kalender verzeichneten Zeitabschnitte (die Kalenderzeit) sind ein für allemal fest bestimmt; die Zeiträume dagegen, welche für die Rechtsverhältnisse maaßgebend sind, hangen in ihrem Anfange und Ende regelmäßig von freien Handlungen oder zufälligen Ereignissen ab, welche selten mit den festen Grenzpunkten der Kalenderzeit genau zusammen treffen: sie bilden die bewegliche Zeit. Es wird daher, wenn diese in der Berechnung nach Jahren, Monaten, Tagen fixirt und nach dem Kalender abgemessen werden soll, eine Reduction nöthig, welche in der Weise geschieht, daß nach dem Eintritt und der Dauer des beweglichen Zeitraums der entsprechende Tag als Anfangs- und Endpunkt in dem Kalender gesucht wird. Dabei tritt aber die Schwierigkeit ein, daß die Kalendermonate nicht immer von gleicher Länge sind, und es also, wenn eine Frist nur allgemein nach Monaten angegeben ist, zweifelhaft wird, wie sie zu berechnen. Nach römischem Recht wird bei der Feststellung gesetzlicher Fristen der Monat dann durchweg zu 30 Tagen gerechnet[7]), was auch in Reichsgesetzen[8]) und neueren Gesetzbüchern[9]) anerkannt, und gewöhnlich noch als gemeinrechtliche Regel festgehalten wird[10]). Doch wird gegenwärtig in Fällen, welche nicht vom römischen Recht normirt sind, der Monat häufig so berechnet, daß eine monatliche Frist an demjenigen Tage für abgelaufen gilt, dessen Zahl der des Anfangstages entspricht. Fällt dann der Anfang aber in die letzten Tage eines langen Monats, und der Monat, in welchem die Frist sich endet, hat nicht so viele Tage, so wird der letzte als Endtermin angenommen[11]).

---

6) L. 2. D. de div. temp. praescr. (44. 3.). — v. Savigny a. a. O. S. 465 ff. — Bei wiederholter Prüfung der Frage habe ich mich doch davon überzeugt, daß die populäre Anschauung bei Berechnung des Schalttages auch für die Rechtsverhältnisse maaßgebend geworden ist. Die besondere Bezifferung eines Tages ist, wie Unger a. a. O. S. 305. richtig bemerkt, die entschiedenste Anerkennung desselben als eines individuellen und selbständigen Zeittheils.

7) v. Savigny a. a. O. S. 337—41. — Kierulff, Sammlung. I. S. 351 ff. (Seuffert XIX. Nr. 119.).

8) R. K. G. O. Th. II. Tit. 30. §. 4. „Und sollen in obgemeldten Fällen je für einen Monat dreyßig Tage gerechnet werden.„

9) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 550. vgl. mit Th. II. Tit. 8. §. 855—57. — Oesterr. Gesetzbuch §. 902. — Sächs. Gesetzbuch §. 83.

10) D. G. Strube, rechtliche Bedenken I. 47. — Glück, Commentar III. S. 527. — Thibaut, System I. §. 96. — Reyscher, württemb. Privatrecht I. §. 117.

11) Z. B. die monatliche Frist, welche am 17. Jan. anfängt, endet am 17. Febr., die am 30. Jan. anfangende aber resp. am 28. oder 29. Februar. Vgl. oben

III. Die civile Zeitrechnung. Im Allgemeinen ist jede Frist genau zu berechnen, und es kommen Fälle vor, wo es sich um Stunden und Minuten handelt[12]); aber gewöhnlich ist eine so genaue Berechnung, die im Kalender keinen Anhalt findet, mit großen Schwierigkeiten verbunden, namentlich bei längeren Fristen von geringer Bedeutung. Daher ist schon im römischen Recht die Regel aufgestellt, daß auf die Tageszeit keine Rücksicht genommen und die Frist entweder abgekürzt oder verlängert wird, indem der Anfang oder das Ende des letzten Tages als Endpunkt derselben betrachtet wird, — Ersteres, wenn es sich um den Erwerb, Letzteres, wenn es sich um den Verlust von Rechten handelt. Das ist die Bedeutung der s. g. civilen Zeitrechnung[13]).

In deutschen Rechtsquellen kommt zuweilen eine ganz eigenthümliche Berechnung des Tages vor, namentlich in der Zusammenstellung mit dem Jahre, indem derselbe zu 6 Wochen und 3 Tagen angenommen wird. Wo es sich nun um eigenthümliche deutschrechtliche Verjährungsfristen handelt, muß diese Berechnung, welche mit den drei alten Gerichtsfristen von je 14 Tagen zusammenhängt[14]), allgemein und nicht blos nach Sachsenrecht in der angegebenen Weise zur Anwendung kommen[15]); sonst aber ist die Bezeichnung Jahr und Tag im Zweifel wörtlich zu verstehen, so daß der Tag 24 Stunden ausmacht[16]).

Note 8. und überhaupt v. Savigny a. a. O. S. 341—44. — W. O. Art. 30. — H. G. B. Art 328. — Sächs. Gesetzb. §. 83.

[12]) Im Zweifel entscheidet dann die gemeine Uhr des Ortes, beziehungsweise des Ortsbezirkes, wo die Handlung vorgeht, und der erste Glockenschlag zeigt die vollendete Stunde an; s. Reyscher a. a. O. §. 117.

[13]) S. v. Savigny a. a. O. S. 347—421. — Nur in einem Fall, nämlich bei der Restitution der Minderjährigen, wird von den Römern ad momentum gerechnet; die neueren Gesetzbücher aber haben die Regel ohne diese Beschränkungen aufgenommen (s. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 3. §. 46. 47. — Oesterr. Gesetzbuch §. 903.), und auch die gemeinrechtliche Praxis achtet wohl nicht mehr auf dieselbe.

[14]) G. St. Wiesand, de origine anni Saxonici ejusque usu hodierno. Viteb. 1796. — Albrecht, die Gewere S. 115—16. — Phillipps, Grundsätze I. §. 67. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 163. — Von dem Hofgericht des Bischofs von Würzburg ward i. J. 1437 ein Termin zur Beweisführung in einer Proceßsache auf dreimal vierzehn Tage und drei Tage angesetzt, und zwar als „ein endlicher Tag" ohne Prorogation. „So sich beyde Parthey an Kundschaft gezogen hätte, die wollten sie verhören, in dreyen-vierzehn Tagen und dreyen Tagen, oder auf das nechste Hofgericht." S. die Urk. v. J. 1448 bei v. Senckenberg, Gedanken von dem jederzeit lebhaften Gebrauch des uralten deutschen bürgerlichen und Staatsrechts (Frankf. a. M. 1759.). Beil. IX. S. 307.

[15]) Verm. Sachsensp. I. 28. pr. „Jar und tag ist ein jar und sechs wochin und drei tage." — Eichhorn, Einleitung §. 176. Note g. — Phillipps a. a. O. §. 68. — Gries, Commentar zum hamburg. Stadtrecht I. S. 261—62.

[16]) Vgl. überhaupt J. Grimm, deutsche Rechtsalterth. S. 222—24. — Glück, Commentar III. S. 530—32. — Unterholzner, ausführliche Entwickelung der

IV. Utile tempus. Das römische Recht nimmt in gewissen Fällen an, daß einzelne Tage, welche zu dem Zweck, für welchen die Frist bestimmt war, nicht verwandt werden konnten, in dieselbe auch nicht eingerechnet, sondern noch zugeben werden. Doch hat diese Berechnung (tempus utile im Gegensatz zum tempus continuum) nur noch Bedeutung bei der kurzen Verjährung einiger Klagen, besonders der ädilicischen[17]) Wichtiger ist die Vorschrift deutscher Rechtsquellen, daß in gewissen Fällen die gesetzliche Frist für Abwesende erst von dem Tage an läuft, wo sie Kenntniß von der Thatsache erhalten, welche die Vornahme einer Handlung von ihrer Seite erheischt[18]).

V. Sonn= und Festtage. Diese sind in rechtlicher Hinsicht namentlich dadurch von andern Tagen verschieden, daß an ihnen keine Rechtsgeschäfte vorgenommen werden sollen oder doch nicht vorgenommen zu werden brauchen. Ist daher am Ende einer Frist, welches auf einen Sonn= oder Festtag fällt, eine geschäftliche Handlung vorzunehmen, z. B. am Verfalltage ein Wechsel zu bezahlen und beziehungsweise zu präsentiren, so muß der Termin auf den vorhergehenden oder nachfolgenden Werkeltag verlegt werden. Nach Analogie der civilen Zeitrechnung darf hier wohl angenommen werden, daß der Verpflichtete die Handlung erst am nächstfolgenden Werkeltage vorzunehmen braucht[19]). — Die Sonn= und Festtage werden übrigens nicht wie die übrigen Tage von Mitternacht zu Mitternacht, sondern von 6 Uhr des Vorabends bis 6 Uhr des Festabends (a vespera ad vesperam) gerechnet[20]). Doch wird dies

---

gesammten Verjährungslehre I. §. 22. 85. — Die Particularrechte weichen sehr unter einander ab; s. Haubold, Lehrbuch §. 185. — Reyscher, württemb. Privatr. I §. 117. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 3. §. 49. „Ist die Zeit durch den Ausdruck: Jahr und Tag bezeichnet, so werden darunter Ein Jahr und dreißig Tage verstanden.

17) v. Savigny a. a. O. §. 421—53, und über die praktische Bedeutung des tempus utile namentlich S. 444—46.

18) Es bezieht sich dies auf die Anfechtung der Auflassung, um den Eintritt der rechten Gewere zu verhindern (Lüb. Recht B. III. Tit. 6. Art. 3. — Hamb. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 7.) und auf die Muthung des Lehens von Seiten der Vasallen: Sächs. Lehnr. Art. 50. §. 4. — Schwäb. Lehnr. (Laßberg) Cap. 88. vgl. I. F. 22. pr. — II. F. 52. §. 3. — Albrecht, die Gewere S. 114—15. — Homeyer, Sachsensp. II. 2. S. 469—75.

19) Vgl. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 3. §. 48. „Trifft die Erfüllung einer Pflicht auf einen Tag, an welchem nach allgemeinen Polizeiverordnungen, oder nach den Religionsgrundsätzen des Verpflichteten dergleichen Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen, so ist der Verpflichtete in der Regel an dem nächstfolgenden Tage zu der Leistung verbunden.“ — W. O. Art. 92. — H. G. B. Art. 329. 330. Vgl. unten §. 234. Note 33. 34.

20) cap. 1. X. de feriis. (2. 9.). — J. H. Boehmer, J. E. P. II. 9. §. 20. — Falck, Handbuch IV. S. 33.

im Geschäftsleben nicht beachtet, und hat nur eine kirchliche und polizeiliche Bedeutung.

§. 52.

Von der unvordenklichen Verjährung.

Dieselben Ursachen, welche es bewirken, daß durch die lange Uebung eines Rechtssatzes ein Herkommen begründet wird, welches unter den Begriff des Gewohnheitsrechts fällt[1]), bringen es auch mit sich, daß Rechtsverhältnisse allein deswegen, weil sie von Alters her in gleichmäßiger Wirksamkeit fortbestanden haben, für wohlbegründet angesehen und als solche geschützt werden, obgleich ein bestimmter Erwerbstitel für dieselben nicht nachgewiesen werden kann. Es ist unzweifelhaft, daß dies Princip schon früh im deutschen Rechte gültig gewesen ist[2]), wenn auch die älteren Rechtsquellen darüber keine ausdrücklichen Bestimmungen enthalten. Das erklärt sich daraus, daß man im Mittelalter zwischen Recht im objektiven und subjektiven Sinne überhaupt nicht genau zu unterscheiden wußte, und indem man sich hauptsächlich an die äußere Erscheinung hielt, ohne den Sinn der Uebung näher zu prüfen, den Begriff des Herkommens, der Gewohnheit auf beide Fälle bezog. Die Fassung vieler Schöffensprüche und Weisthümer läßt dies deutlich genug erkennen[3]).

Derselbe Gedanke aber, den wir im einheimischen Recht über den Schutz althergebrachter Rechtsverhältnisse ausgesprochen finden, tritt uns auch in den römischen Rechtsquellen entgegen: in gewissen Fällen gilt das hohe Alter der Berechtigung wie ein anderer Erwerbstitel[4]). Dabei ist aber der Begriff des hohen Alters in dieser Anwendung dahin näher festgestellt worden, daß er für gleichbedeutend mit der Unvordenklichkeit des Zustandes genommen wird, — eine Bezeichnung, welche auch in das canonische Recht übergegangen ist[5]), und wenn sie sich in einheimischen Rechtsdenkmälern findet und in einer bestimmten technischen Bedeutung gebraucht wird, wohl auf die Einwirkung des römisch-canonischen

---

1) S. oben §. 33.

2) Buchka, der unordentliche Besitz. (Heidelberg 1841.) S. 3—15. Friedländer, die Lehre von der unvordenklichen Zeit. (Heidelberg 1843.) II. S. 7—24.

3) J. Grimm, Weisthümer I. S. 100. „Es ist och ein gewonheit und ein richtung, die wir haben." — S. 184. „Es ist och unsers closters Recht und gewonheit." — S. 282. „Andere gewonliche dienst, als das von alter har sit und gewonheit ist." — S. 386—87. u. s. w.

4) v. Savigny, System IV. S. 485—505. — Friedländer a. a. O. I. S. 58—101.

5) cap. 26. X. de V. S. (5. 40.). — cap. 1. de praescript. in VI to (2. 13.).

Rechts zurückgeführt werden muß[6]). Der Begriff des unvordenklichen Besitzes ward nun aber durch das canonische Recht mit der Verjährungslehre in Verbindung gebracht[7]), woran die deutschen Reichsgesetze sich anlehnten[8]), und aus diesen Elementen hat sich unter den Händen der Juristen das moderne Institut der unvordenklichen Verjährung gebildet[9]).

I. Begriff und Wirkung. Zuvörderst ist der Begriff des Herkommens als einer Rechtsquelle von dem hier behandelten Institut getrennt zu halten[10]), wenn es auch im einzelnen Fall schwer genug sein kann, Beides gehörig zu unterscheiden[11]). Hier handelt es sich nur von

---

[6]) Darin scheint mir Pfeiffer, Zeitschrift für deutsches Recht VIII. S. 1 ff. Recht zu haben; s. die das. S. 12—19. angeführten Urkunden. Ebenso verstehe ich Grimm a. a. O. S. 398. — „länger dann zweier mann gedächtnusse — mehr denn hundert jahr" —; während andere Stellen z. B. S. 52. 395. 409 nur eine allgemeine Umschreibung des hohen Alters zu enthalten scheinen.

[7]) cap. 1 de praescr. cit. — Auch das römische Recht enthält schon eine Hinweisung darauf, indem es die Wirkung der Unvordenklichkeit mit dem allgemeinen Motiv der Verjährung rechtfertigt: L. 2. D. de aqua pluv. (39. 3.) — minuendarum scilicet litium causa.

[8]) Augsburg, R. A. v. 1548. §. 56. „Wann auch ein ausgezogener oder ausziehender Stand — — die Possession vel quasi libertatis ausführen wolt, — — und dagegen wider ihn nicht dargebracht werden möcht, daß er je in Menschen Gedächtnüß, in des Reiches gemeinen, und nicht privilegirten hülffen, contribuiret, — — oder im Fall, daß ein ausgezogener oder ausziehender Stand ausführen wolt, daß er der Reichs-Anschläg und Hülff halben — — privilegirt sei, oder wider die Reichs-Anschläg und Hülff legitime praescribirt habe — — soll ein jeder u. s. w. §. 63. Aber die Ausgezogenen, so hievor einige Anlag nicht erlegt hatten, und also in possessione vel quasi libertatis wären, dieselbe sollen biß zu endlichem Austrag der Sachen darbey gelassen — — werden. §. 64. Wo aber innerhalb Menschen Gedenken der ausgezogen Stand dem Reich einmal, zwey oder mehr gesteuert hätte, so soll solcher Stand, mitlerzeit rechtlicher Erörterung der Sachen, der Steuer nicht befreyet seyn Vgl. Aurea Bulla cap. VIII. XXVIII. 5. — Regensb. R. A. v. 1576. §. 104. 105. — J. P. O. V. 27. XV. 2. und über die Beziehung der Unvordenklichkeit auf die Verjährung in der abgedruckten Stelle Unterholzner, ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre I. §. 145. — Daß diese reichsgesetzlichen Bestimmungen für die Darstellung des Instituts unerheblich sind („zur Aufklärung nicht viel beitragen"), behauptet ohne Grund Leonhard, Gutachten in den Verhandlungen des 16. deutschen Juristentags I. S. 259. Note 1. Im Uebrigen ist dieses Gutachten in mancher Beziehung beachtenswerth, wenn es auch die jetzt vielfach hervortretende unbegründete Abneigung gegen das Institut theilt.

[9]) Ueber die Dogmengeschichte s. besonders Buchka a. a. O. S. 21—43. — Friedländer a. a. O. I. S. 3—56.

[10]) J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. V. Ex. 83. §. 11. — Puchta, Gewohnheitsrecht II. S. 114—19. — Pfeiffer, prakt. Ausführungen II. S. 9. 10.

[11]) S. oben §. 33. Note 2. §. 50. Note 3.

dem Einfluß der unvordenklichen Zeit auf die Rechtsverhältnisse. Damit dieser sich nun wirksam zeige, ist erforderlich.

a) der Besitz in dem nach deutschem Recht begründeten weiteren Sinne des Wortes. Doch ist ein bestimmter Erwerbstitel hier nicht nothwendig, da dieser gerade durch die Unvordenklichkeit ersetzt wird, falls es sich nicht um die Nachweisung verschiedener Besitzübergänge handelt[12]), und auch der Gegensatz von gutem und bösem Glauben verliert bei der besonderen Beschaffenheit des Verhältnisses seine Bedeutung[13]). Dagegen ist ein blos factischer Zustand, der nicht als Rechtsübung sich darstellt, nicht ausreichend, und es kann selbst ein s. g. qualificirter Besitz nothwendig werden, wenn es sich um die Ausschließlichkeit des Rechts, um den Erwerb einer Befreiung oder um den Erwerb des Rechts auf Unterlassungen von anderer Seite handelt[14]).

b) Die Unvordenklichkeit. Dieser Begriff ist an und für sich ein relativer; aber es ist derselbe unter Einwirkung des römischen Rechts dahin fixirt worden, daß er ein zwiefaches Moment in sich schließt: nämlich ein positives, indem von den jetzt Lebenden niemand einen andern Zustand gekannt haben darf (status vetustus), und ein negatives, indem niemand von seinen Vorfahren (worunter nicht blos die Ascendenten des ersten Grades zu verstehen) Nachricht über die Entstehung des Zustandes erhalten haben darf (defectus memoriae)[15]). Nach den Andeutungen des canonischen Rechts hat man dies gewöhnlich noch näher dahin bestimmt, daß jene beiden Erfordernisse zwei auf einander folgende Menschenalter ausfüllen müssen, und zwar ein jedes zu 40 Jahren gerechnet[16]). Um als Anhalt für die richterliche Beurtheilung namentlich bei der Beweisführung zu dienen, ist diese letztere Fassung des Begriffs nicht ganz zu verwerfen; doch muß man sich hüten, dieselbe zu unbedingt hinzustellen, damit sich die unvordenkliche Verjährung nicht unmerklich in

---

[12]) Pfeiffer a. a. O. S. 33. — v. Savigny a. a. O. S. 525. Daß der Besitz daher stets ein rechtmäßiger gewesen sein muß, wie Reyscher, württemb. Privatr. I. §. 135. annimmt, ist nicht richtig.

[13]) Pfeiffer II. §. 7. VII. §. 7. 8. — v. Savigny S. 527.

[14]) Vgl. Pfeiffer VII. S. 183 ff. VIII. S. 290 ff. — Seuffert I. Nr. 4. 5. 171. V. Nr. 113. 251. VI. Nr. 143. XXX. Nr. 3.

[15]) L. 28. D. de probat. (22. 3.). — L. 2. §. 8. D. de aqua pluv. (39. 3.) Vgl. Seuffert XVII. Nr. 6. XXIII. Nr. 208. (Budde und Schmidt, Entscheidungen VI. S. 59.). Abweichend das Erk. bei Seuffert XXIII. Nr. 209.

[16]) cap. 1. de praescr. in VIto. — Pfeiffer II. §. 5. 9. VII. S. 193—94. — v. Savigny S. 519 ff. — Buchka S. 30. 36. 44. — Seuffert XX. Nr. 12. Nach Sachsenrecht wird ein Menschenalter zu 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen angenommen; s. Haubold, Lehrbuch §. 373.

eine praescriptio definita von 80 Jahren verwandle[17]). Wird doch der Begriff der Unvordenklichkeit schon ausgeschlossen, wenn die Entstehung des fraglichen Rechtszustandes nur durch Zeugen von Hörensagen bekundet wird, gesetzt auch, daß die Thatsache selbst in eine Zeit fällt, welche über die nächstvorhergehende Generation hinausreicht[18]).

Wenn aber auch die beiden allgemeinen Erfordernisse der unvordenklichen Verjährung vorhanden sind, so fragt es sich doch noch, welche Wirkungen sie hat. Gerade hierüber ist viel gestritten, und dem Institut namentlich die Bedeutung der Verjährung abgesprochen worden, indem man ihm bald die Kraft einer Lex specialis oder consuetudo beilegt[19]), bald aber nur die Vermuthung des rechtmäßigen Erwerbes darauf begründet[20]).

Abgesehen nun von der ganz unzutreffenden Analogie der Privilegienlehre stellen sich nur die Verjährungs- und die Vermuthungstheorie zur Beachtung dar, — doch nicht in einem unbedingten Gegensatze. Denn einerseits behaupten die Anhänger der ersteren Ansicht durchaus nicht, daß der unvordenkliche Besitz stets wie die bestimmte Verjährung einen wirklichen Rechtserwerb herbeiführe; sie nehmen vielmehr an, daß, im Fall ein solcher wirklich vorhanden war und nur in Vergessenheit gerathen ist, das schon bestehende Recht durch die Verjährung so gesichert werde, als es sonst nur durch den Nachweis einer speciellen Erwerbung geschehen kann. Andererseits ist es ebensowenig die Meinung der zweiten Partei, daß die durch die Unvordenklichkeit begründete Vermuthung eines rechtmäßigen Erwerbes einen blos provisorischen Schutz mit sich führe, der von dem Richter nur in possessorio anzuerkennen sei; im Gegentheil, — wenn die Thatsache der Unvordenklichkeit einmal rechtlich festgestellt ist, so soll auch das darauf ruhende Recht wie bei einer Fiction oder einem rechtskräftigen Urtheil gesichert sein[21]). Der wesentliche Unterschied

---

[17]) Puchta, Pandecten §. 77. — Entscheidungen des Geh. Ober-Tribunals (zu Berlin), herausgegeben von Seligo, Wilke I. und Rintelen. Neue Folge II. S. 127. — Seuffert XIV. Nr. 205.

[18]) Pfeiffer a. a. O. II. §. 16. VII. §. 16. — Puchta, Pandecten §. 77. — Friedländer a. a. O. II. S. 74 ff. Zu eng an den Begriff der zwei Menschenalter hält sich v. Savigny a. a. O. IV. S. 534—35.

[19]) Diese früher sehr verbreitete Ansicht ist wieder von Friedländer II. S. 63 ff. vertheidigt.

[20]) Von J. H. Böhmer (J. E. P. II. 26. §. 35—45. — Exercitatt. ad pand. V. Ex. 83. §. 8—11.) und Wernher (observatt. for. T. I. P. 4. obs. 5.) zuerst vertreten, hat sich diese Auffassung zur herrschenden gemacht. Vgl. Seuffert I. Nr. 169. XXVIII. Nr. 197. 198.

[21]) v. Savigny a. a. O. S. 532. — Wird auf dem Wege des Gegenbeweises dargethan, daß der Besitz zu einer bestimmten Zeit binnen Menschengedächt-

besteht vielmehr darin, daß nach der Vermuthungstheorie jeder thatsächliche Zustand, welcher Gegenstand eines Rechtserwerbes sein kann, durch die Unvordenklichkeit zum Rechte erstarkt[22]), während die Verjährung nur für Zustände, mit welchen ein Besitz als Rechtsübung verbunden sein kann, wirksam ist. Gerade die letztere Bedingung darf aber nach der Geschichte des Instituts nicht aufgegeben werden, und so erscheint die Bezeichnung desselben als einer Verjährung gerechtfertigt, — auch abgesehen davon, daß sie in den Rechtsquellen selbst eine Stütze findet, in der Rechtssprache einmal hergebracht ist und bei dem sehr weiten Begriff, der überhaupt mit der Verjährung verbunden wird, auch zu sprachlichen Bedenken keine Veranlassung giebt. Man muß aber den eigenthümlichen Charakter des Instituts und namentlich die Abweichungen desselben von der bestimmten Verjährung gehörig festhalten[23]).

II. Umfang der Geltung. Nach den so eben angeführten allgemeinen Erfordernissen des Instituts kann die unvordenkliche Verjährung nur da eintreten, wo die Ausübung eines Rechts sich als Besitz darstellt, unter dieser Voraussetzung aber auch, wenn die Vornahme der Handlung vom freien Belieben des Berechtigten abhängt (res merae facultatis)[24]). Nur solche Verhältnisse, welche keinen juristischen Besitz zulassen, wie Forderungsrechte, sind hier also unbedingt auszunehmen[25]); dasselbe gilt für diejenigen, welche entweder ihrer Natur nach von Privatpersonen überhaupt nicht erworben werden können, oder doch nach dem Recht derjenigen Periode, in welcher die Unvordenklichkeit sich fixirt hat, es nicht konnten[26]).

---

niß seinen Anfang genommen, so liegt eben keine Unvordenklichkeit vor: s. oben Note 18.

22) Vgl. die Entscheidungen bei Seuffert V. Nr. 55. IX. Nr. 120.

23) v. Kreittmayr, Anmerkungen II. 4. §. 9. Nr. 4. — Unterholzner, ausführliche Entwickelung I. §. 147. — Pfeiffer, prakt. Ausführungen II. §. 19. VII. §. 19. — Praktisch wichtig ist namentlich der Umstand, daß wenn ein Gesetz für einen gegebenen Fall die Verjährung allgemein ausschließt, die unvordenkliche im Zweifel nicht darunter befaßt ist. Aber es ist Sache der Interpretation, dies jedesmal gehörig festzustellen.

24) Thibaut, System II. §. 1011. — Buchka a. a. O. S. 48. — Friedländer a. a. O. II. S. 55 ff. — Pfeiffer a. a. O. VII. §. 4.

25) Vgl. Seuffert I. Nr. 183. XIV. Nr. 111. — Plenarbeschluß des Obertribunals zu Berlin v. 14. Juni 1844. — Einige halten jedoch bei Obligationsverhältnissen juristischer Personen und fortdauernder Classen von Staatsbürgern die unvordenkliche Verjährung für möglich; s. Seuffert VII. N. 5. 269. — Reinhard, im Archiv für civ. Praxis XXXVIII. Nr. 8.

26) J. H. Boehmer, J. E. P. II. 26. §. 43—45. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 164. Nr. IX. — Die von Savigny a. a. O. IV. S. 483—84. 510—12. aufgestellte Ansicht, daß die unvordenkliche Zeit nur für publicistische Rechtsver-

III. Beweis. Während bei dem Gewohnheitsrecht nur die Ueberzeugung des Richters über die Existenz desselben entscheidet, und die Beweisführung der Parteien nur den Charakter der facultativen Unterstützung an sich trägt, ist für die unvordenkliche Verjährung, welche sich auf Rechtsverhältnisse und also auf Thatsachen bezieht, die allgemeine Lehre von dem civilproceßmäßigen Beweise zur Anwendung zu bringen. Derselbe ist aber auf die beiden vorher angeführten allgemeinen Erfordernisse des Instituts — Besitz und Unvordenklichkeit — zu erstrecken, und was die letztere betrifft, sowohl auf das positive als auch auf das negative Moment derselben[27]). Als Beweismittel sind dann besonders bejahrte Zeugen dienlich[28]), ohne daß jedoch Urkunden, besonders in Verbindung mit Zeugen[29]), und der richterliche Eid ausgeschlossen wären; auch der Schiedseid ist zuzulassen, — mindestens dann, wenn die allgemeine Behauptung des unvordenklichen Besitzes noch durch specielle Thatsachen motivirt wird[30]). Der Gegenbeweis ist dann

---

hältnisse, für welche es keine praescriptio definita gebe, Geltung habe, steht in Widerspruch mit den Bestimmungen des canonischen Rechts und mit der geschichtlichen Ausbildung des Instituts in Deutschland, (s. die bei Buchka S. 24 ff. angeführten Schriftsteller) und hat in der Theorie und Praxis den entschiedensten Widerspruch gefunden. S. Dollmann, in den Blättern für Rechtsanwendung VII. S. 340–41. — v. Hufnagel, Mittheilungen aus der Praxis der württemb. Gerichte II. S. 476–78. — Windscheid, Pandektenrecht I. §. 113. Note 5. —. Seuffert I. Nr. 170. V. Nr. 250. VI. Nr. 144. VII. Nr. 269. IX. Nr. 120. 201 XVI. Nr. 173. XIX. Nr. 120. XXVIII. Nr. 8. Auch der angeblich geringe Werth des Instituts, worauf Savigny ein besonderes Gewicht legt, rechtfertigt jene Ansicht nicht; denn wenn neuere Gesetzbücher auch darin eine Veranlassung finden konnten, es ganz zu verwerfen (über Preußen s. Bornemann, system. Darstellung II. S. 118 ff.), so wird doch die Gültigkeit des positiven gemeinen Rechts nicht von dem Werthe seines Inhalts bedingt. Die früher allgemeine Ansicht, daß servitutes discontinuae der praescr. definita nicht unterworfen seien, ließ freilich die unvordenkliche Verjährung praktisch wichtiger erscheinen, als sie es in der That ist. Vgl. Trier. Landr. Tit. 22. §. 14. „Welchergestalten die Dienstbarkeiten durch Verjährung erworben werden mögen, lassen Wir bey den gemeinen Rechts-Lehren bewenden; so viel jedoch die Weyd und dergleichen Gerechtigkeiten, welche servitutes discontinuae genannt werden, betrifft, kann niemand dieselbige ohne Titel, als durch eine Verjährung von unvordenklicher Zeit erwerben."

[27]) Pfeiffer II. §. §. 9 ff, VII. §. 9 ff. — v. Savigny IV. S. 517 ff.

[28]) Nur ist es nicht nöthig, daß sie ein bestimmtes Alter von 54, oder wie andere wollen (s. Pufendorf, obs. jur. I. 151. §. 3 sqq.), von 50 Jahren haben, besonders wenn verschiedene Zeugen über mehrere sich folgende Zeiträume deponiren.

[29]) Grimm, Weisthümer I. S. 395. — „laut der alten brief und bücher." — Strube, rechtl. Bedenken IV. Nr. 1. — v. Hufnagel a. a. O. I. Nr. 32. — Seuffert VII. Nr. 6. XI. Nr. 12. XXIX. Nr. 8.

[30]) v. Savigny, System IV. S. 525. — Seuffert IX. Nr. 121. Gegen die Zulässigkeit des Schiedseides überhaupt, welche auch ich früher geleugnet habe,

namentlich auf die Unterbrechung des Besitzes oder auf einen bestimmten Anfangspunkt desselben, insofern er seine Unvordenklichkeit ausschließt, zu richten[31]).

IV. Schutz und Sicherung der Rechtsverhältnisse.

§. 53.

Von den Klagen.

Damit ein Recht in seiner Ausübung vollkommen gesichert sei, ist es nothwendig, daß dem Berechtigten im Fall einer Verletzung die Anrufung der richterlichen Hülfe freistehe. Die processualische Handlung, durch welche dies geschieht, nennt man eine Klage; doch wird darunter auch die einem Recht anhangende allgemeine Befugniß verstanden, es vor Gericht selbständig zu verfolgen (das Klagerecht). — Ein jeder Rechtsstreit, der zur gerichtlichen Verhandlung kommt, setzt die Vertheilung der Parteirollen zwischen Kläger und Beklagten nothwendig voraus, und auch nach älterem deutschen Recht findet sich dies Verhältniß anerkannt, wenn auch mit Rücksicht auf die Beweisführung in einem andern Sinne, als es nach heutigem gemeinen Recht der Fall ist[1]). In dem Wesen der Sache ward daher durch die Aufnahme des römischen Rechts in der Lehre von den Klagen nichts geändert; aber dasselbe hatte das Actionenrecht in einer ganz eigenthümlichen, formellen Weise ausgebildet, indem es theils in einer gewissen Selbständigkeit neben dem materiellen Recht hergehend erscheint, theils aber eine Classification der Klagen enthält, welche meistens aus äußeren historischen Ursachen hervorgegangen, und nicht in der Natur der Rechtsverhältnisse begründet ist. Diese äußere formelle Seite des römischen Actionenrechts, welche indessen schon zu Justinians Zeit das Meiste von ihrer früheren Bedeutung verloren hatte[2]), ist in

---

sprechen sich die bei Pfeiffer a. a. O. VII. S. 224. angeführten Entscheidungen des O. A.-Gerichts zu Cassel aus.

[31]) Pfeiffer II. und VII. §. 16 ff. — Puchta, Pandecten §. 77. — Seuffert IX. Nr. 252. XXII. Nr. 13. Vereinzelte conträre Handlungen sind jedoch nicht nothwendig relevant, s. daselbst XXXI. Nr. 113. und über die Bedeutung des fehlerhaften Anfangs Nr. 14.

[1]) S. Planck, Das Recht zur Beweisführung, nach dem ältern deutschen, besonders sächsischen Verfahren; in der Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 205 —324. und: Gerichtsverfahren I. S. 357 ff. — L. v. Bar, das Beweisurtheil des germanischen Processes. Hannover 1866. — P. Laband, die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters. Königsberg 1869.

[2]) v. Wächter, Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrecht Heft II. Nr. 8—11. Noch weiter geht Windscheid, Die

Deutschland nicht recipirt worden[3]), so sehr die Juristen auch bemüht gewesen sind, der Sache eine praktische Geltung zu verschaffen, was sich namentlich in dem Bestreben kund giebt, die Klagen aus eigenthümlichen deutschen Rechtsverhältnissen wenn nicht den Begriffen, so doch der Terminologie des römischen Rechts unterzuordnen[4]). Doch darf man deswegen nicht annehmen, daß das fremde Recht in dieser Lehre gar nicht praktisch geworden; in wichtigen Beziehungen ist es für diese auch jetzt noch maaßgebend.

1. Wenn es auch im heutigen Recht keiner besonderen Benennuug der Klage bei deren Anstellung bedarf, und in der Regel aus jedem Rechtsverhältniß für den Berechtigten ein Klagerecht hervorgeht[5]), so giebt es doch noch einige Fälle, in denen sich dies anders verhält. Das sind die s. g. unklagbaren Rechte, denen eben dies Mittel, sie selbständig vor Gericht geltend zu machen, entzogen ist[6]).

2. Der Unterschied, welcher zwischen einem dinglichen und persönlichen Recht besteht, bringt auch den zwischen einer dinglichen und persönlichen Klage mit sich, indem die erstere auf Anerkennung des Rechts als solchen und nur folgeweise auf Verurtheilung des bestimmten Beklagten gerichtet ist, während die persönliche Klage stets nur die Verfolgung eines Anspruchs gegen eine bestimmt verpflichtete Person bezweckt. Die consequente Durchführung dieser Begriffe verdanken wir dem fremden Recht[7]). Wo aber das Rechtsverhältniß von einer eigenthümlichen Beschaffenheit ist, und namentlich, wie bei den Reallasten, in

---

actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts (Düsseldorf 1856.) und Lehrbuch des Pandectenrechts I. S. 95 ff.

[3]) Dies hat Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 197. nicht gehörig hervorgehoben; vgl. sonst das. §. 197–99.

[4]) Namentlich die Servitutenklagen und die actio in rem scripta mußten sich eine solche analoge Anwendung häufig gefallen lassen. Ueber die ganz specielle Bedeutung der letzteren Klage im römischen Recht s. Schmidt von Ilmenau, civ. Abhandlungen I. S. 1—51.

[5]) Bair. Landr. Th. 1. Cap. 2. §. 19. „Klagen, welche zwar keinen gewissen Namen, gleichwohl aber in denen Rechten, Statuten, Gebräuchen oder Freyheiten guten Grund haben, werden condictiones ex Lege, Statuto, Consuetudine vel Privilegio benamset, und sind von der nämlichen Wirkung wie die benannten Actiones.“ — J. L. Schmidt, prakt. Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden. (9. Ausg.) §. 11 ff. — Puchta, Pandecten §. 81. — v. Wächter, Handbuch des württemb. Privatrechts II. §. 62.

[6]) Von den selten gewordenen Beispielen einer bloßen naturalis obligatio ist das Rechtsverhältniß des Gläubigers, dem die Einrede aus dem SCtum Macedonianum entgegensteht, anzuführen; außerdem besteht Klaglosigkeit für Spielschulden, so wie nach manchen Particulargesetzen für die Sponsalien. Vgl. überhaupt v. Wächter a. a. O. §. 68.

[7]) S. oben §. 47. Note 2.

einer Mischung dinglicher und persönlicher Elemente besteht, da ist dies auch hinsichtlich der Klagen gehörig zu berücksichtigen, wenn man deswegen auch nicht befugt ist, für Begriffe, welche bereits veraltet und unserm Rechtssysteme entfremdet worden sind, die praktische Geltung wieder in Anspruch zu nehmen [8]).

3. Der römische Begriff der analogen Klage (actio utilis) ist auch noch für unser heutiges Rechtssystem fruchtbar, indem darin ein gewisser technischer Anhalt geboten sein kann, um solche Rechtsverhältnisse, für welche ein eigener Platz im Systeme nicht wohl zu finden, mit den entsprechenden Rechtsinstituten in Verbindung zu setzen [9]).

4. Unpraktisch ist die römische Eintheilung der Klagen in actiones bonae fidei und stricti juris, ähnlich wie die der Rechtsgeschäfte; alle Klagen haben jetzt vielmehr die Natur der ersteren [10]). Auch die actiones arbitrariae haben bei uns keine selbständige Bedeutung mehr, da das richterliche Urtheil stets auf die Erfüllung der schuldigen Leistung gerichtet wird [11]).

5. Daß die Privatpönalklagen jetzt ganz unpraktisch geworden, läßt sich nicht behaupten. Doch entsprechen sie ihrem Princip nach so wenig der modernen Anschauungsweise über die Bestrafung der Verbrechen, welche sich gerade festzusetzen begann, als die Reception des römischen Rechts vollzogen ward [12]), daß sie nur noch ausnahmsweise vorkommen, und jedenfalls ihre heutige Anwendbarkeit nicht vermuthet werden darf [13]).

---

[8]) S. unten §. 96.

[9]) Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 198. — v. Wächter, Erörterungen II. S. 41. 42.

[10]) R. D. A. v. 1600. §. 139. — Glück, Commentar IV. §. 310. — Thibaut, System I. §. 71. — Maurenbrecher a. a. O. §. 198. — v. Savigny, System V. S. 137 ff. — Puchta, Pandecten §. 83. Note c. — v. Wächter, Erörterungen II. S. 212—25. — Das Gewohnheitsrecht, welches Wächter a. a. O. S. 215. Bedenken trägt, in diesem Fall anzuerkennen, ist bestimmter dahin zu bezeichnen, daß die römische Unterscheidung in Deutschland nicht recipirt worden, was freilich erst in neuerer Zeit allgemein zum Bewußtsein gekommen. Die Gründe, welche Eichhorn, Einleitung §. 92. Note b. bestimmt haben, sich gegen die gemeine Meinung zu erklären, lassen sich aus seinen Worten nicht entnehmen. Selbst die Wechselklage ist doch nicht im römischen Sinn als actio str. jur. zu betrachten.

[11]) v. Savigny a. a. O. S. 145. — v. Wächter a. a. O. S. 14—33. — Ueber den im deutschen Proceß durchgeführten Grundsatz, daß der Richter auf die Leistung positiver Handlungen, auch wenn sie nicht in Geldwerth aufzulösen sind, erkennen und sie auf dem Wege der Execution direct erzwingen kann, s. Beseler, Lehre von den Erbvertr. II. 1. S. 57—60. und v. Wächter a. a. O. S. 27 ff.

[12]) So hat sich sogar, ungeachtet der ausdrücklichen Anerkennung in der P. G. O. Art. 157. 158. die Privatstrafe beim Diebstahl nicht erhalten können.

[13]) Es wird also für jeden einzelnen Fall der Nachweis der Reception und beziehungsweise die heutige Geltung darzuthun sein. S. Falck, Handbuch des

Dasselbe gilt von dem Compositionensystem des älteren deutschen Rechts, von welchem sich nur hie und da noch Spuren finden[14]), und für die Entschädigungsklage aus Delicten, welche nicht mit den eigentlichen Pönalklagen zu verwechseln ist, hat sich in der deutschen Jurisprudenz die im älteren Recht allgemein geltende Regel erhalten, daß sie nur bis auf den Bestand der Erbschaft gegen die Erben des Thäters angestellt werden können[15]).

6. Die Klagenverjährung ist nach römischem und canonischem Rechte zu beurtheilen; doch gelten für gewisse Klagen nach einheimischem Rechte kürzere Verjährungsfristen[16]).

§. 54.

Mittel für die Sicherung der Rechte.

Die Lehre von den Sicherungsmitteln der Rechte wird gewöhnlich mit besonderer Rücksicht auf das zukünftige Recht abgehandelt; aber mit diesem Begriffe werden sehr verschiedene Bedeutungen verbunden. Bald wird er nur zu dem Zweck formulirt, um die Wirksamkeit der einzelnen Sicherungsmittel daran nachzuweisen, ohne daß dem Wesen der Rechtsverhältnisse dabei irgend eine neue Seite abgewonnen würde[1]);

Schleswig-Holst. Privatr. IV. S. 42. — v. Savigny, System V. S. 49. — Württemb. Gesetz v. 2. Oct. 1839 und dazu v. Wächter, im Archiv für civ. Praxis XXIII. S. 73 ff., der freilich das römische Institut noch jetzt für gemeinrechtlich begründet hält. S. dagegen Glück, Commentar III. §. 274—75. — Schmidt, praktisches Lehrbuch der gerichtlichen Klagen §. 44. — Thibaut, System I. §. 68. — Ueber die Privatstrafen nach dem Decretum D. Marci s. die Entscheidungen bei Seuffert V. Nr. 248. IX. Nr. 158. Das s. g. Schmerzengeld ist nicht Privatstrafe, sondern äquilische Entschädigung, s. R. G. VIII. Nr. 29; die actio iniuriarum aestimatoria ist durch das Reichsstrafgesetzbuch beseitigt, doch hat die Buße wegen Verleumdungen (das. §. 188) und wegen Körperverletzungen (§. 231) die doppelte Function der Privatstrafe und des Schadenersatzes, vgl. v. Wächter, die Buße, Leipzig 1874., und die Protokolle der Reichstagskommission für die Proceßgesetze, 78. Sitzung S. 682 ff. Abweichende Ansichten bei J. Olshausen, Kommentar II. S. 670. Ueber die Lehenemende s. unten §. 172. Note 18.

14) Z. B. nach sächsischem Recht das Wehrgeld und die s. g. Sachsenbuße; so Haubold, Lehrbuch §. 302; vgl. unten §. 119.

15) Francke, Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien I. S. 44—57. — Vgl. unten §. 137.

16) So bei der Retractsklage (s. unten §. 94. Note 29. 30.) und nach neueren Gesetzen bei den Klagen aus gewissen Geschäften des täglichen Lebens; s. Code civ. art. 2271—81. — Preuß. Gesetz v. 31. März 1838. (G. S. S. 249 ff.) und v. 18. Juni 1840. (G. S. S. 140 ff.).

1) Dies ist in der Hauptschrift über den hier behandelten Gegenstand: J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. I. Ex. 5. De jure futuro — geschehen. Den Begriff bestimmt Böhmer (l. c. cap. I. §. 3. 4.) sehr weit, indem er unterscheidet,

bald nimmt man ihn im Gegensatz zum wohlerworbenen Rechte[2]), bald endlich für gleichbedeutend mit den s. g. eventuellen Rechten, deren eigenthümliches Wesen auch willkührlich genug bestimmt wird[3]). Es ist aber überhaupt besser, sich unabhängig von dieser nicht gehörig befestigten Terminologie zu bewegen, und namentlich bei den hier erörterten Lehren, ohne ausschließlich auf die Sicherung eines künftigen Rechtserwerbs Rücksicht zu nehmen, auch von den Mitteln zu handeln, ein schon bestehendes Recht und dessen Ausübung zu sichern. Dahin gehört denn in gewisser Weise der Rechtsschutz, den die Gerichte im Processe gewähren, und jedes vertragsmäßige Abkommen, wodurch der angegebene Zweck erreicht werden soll; ja die bloße Ausübung des Rechts kann schon dahin gerechnet werden. Es giebt hier aber auch selbständige Institute, welche eine besondere Berücksichtigung erheischen, und von diesen ist jetzt zu handeln, — natürlich mit Ausnahme des Pfandrechts und der Bürgschaft, welche ihre eigene Stelle im System haben.

I. Verwahrung und Vorbehalt. Verwahrung oder Protestation ist die ausdrückliche Erklärung des Berechtigten, durch welche er sein Recht gegen die ihm nachtheilige Auslegung fremder oder eigener Handlungen oder Unterlassungen sicher stellt; der Vorbehalt oder die Reservation ist dann besonders gegen die Annahme eines stillschweigenden Verzichts gerichtet[4]). Für die Form der Erklärung gilt

---

je nachdem das Recht zukünftig ist hinsichtlich des Erwerbes, z. B. bei der testamentarischen Erbeseinsetzung, so lange der Testator noch lebt; oder hinsichtlich des Genusses, z. B. bei den agnatischen Rechten am Lehen und Familienfideicommiß; oder endlich hinsichtlich der Einforderung, z. B. bei einer zu bestimmter Zeit fälligen Schuld. Es gehören also eigentlich alle möglichen Fälle schon vorhandener Rechte dahin, wenn sie nur nicht sofort eingeklagt werden können; aber auch für solche ist es ja unter Umständen nöthig, Sicherungsmittel z. B. Arrestanlegung zu ergreifen. Im weitern Verlauf der Abhandlung handelt Böhmer aber beinahe ausschließlich von den Sicherungsmitteln, indem er namentlich auch auf die processualische Seite der Lehre Rücksicht nimmt.

2) Sintenis, Civilrecht I. S. 88—91.

3) Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 192. Die eventuellen Rechte, z. B. des Gesammthänders, des Eventualbelehnten, Agnaten sind ihm nur Hoffnungsrechte, welche aber aber als solche geschützt werden (spes certae); sie wirken immer nur persönlich, sind aber nach Analogie der römischen Lehre von dinglichen Rechten, welche unter einer Suspensivbedingung erworben stnd, zu beurtheilen. Gewiß eine seltene Confusion der Begriffe.

4) S. überhaupt v. Wächter, Handbuch des württemb. Privatrechts II. §. 53. — Sächs. Gesetzbuch §. 139—43. — Wenn man die Protestation wohl zuweilen als eine besonders energische Verwahrung nimmt, so ist das willkührlich; jedenfalls hat die Unterscheidung, da sie sich nur auf die formelle Fassung bezieht, juristisch keine Bedeutung.

nichts Besonderes [5]), nur muß sie mit einer gewissen Feierlichkeit und Oeffentlichkeit geschehen, so daß die Betheiligten und namentlich diejenigen, gegen welche sie gerichtet ist, davon Kenntniß erlangen. Die Wirkung der Erklärung ist aber darnach zu bemessen, daß sie nicht in Widerspruch stehen darf mit dem natürlichen oder rechtlichen Sinn der Handlung, gegen welche sie gerichtet ist (protestatio facto contraria) [6]), und daß dadurch keine Rechte erworben, sondern nur schon bestehende gesichert werden können. — Eine besondere Art der Verwahrung ist die operis novi nunciatio des Grundbesitzers gegen Bauunternehmungen eines Nachbarn [7]). Doch wird jetzt gewöhnlich vom Nuncianten sogleich ein Antrag auf ein richterliches Verbot gestellt [8]), falls nicht überhaupt durch baupolizeiliche Einrichtungen solchen Streitigkeiten vorgebeugt wird [9]).

II. Die Sicherheitsleistung oder Caution. Abgesehen von dem weiteren Sinn, in welchem die Sicherheitsleistung auch auf den Beweis der Rechtsverhältnisse bezogen wird (Schuldurkunde, Quittung, Inventar), wird darunter in der gewöhnlichen technischen Bedeutung das Geschäft verstanden, durch welches dem Berechtigten die Gewähr gegeben wird, daß ein zu befürchtender Schaden für ihn nicht eintrete, oder, falls dies geschieht, er dafür vollen Ersatz erlange [10]). Die Verpflichtung zur Bestellung einer Caution kann durch eine Rechtsregel oder durch richterliche Verfügung oder durch Privatwillkühr (Vertrag und Testament) auferlegt werden; die Leistung aber geschieht entweder durch Pfand oder Bürgen (Realcaution), was jetzt als die Regel zu betrachten ist, und unter dem Ausdruck: hinreichende oder genügende Sicherheit verstanden

---

5) Gerichtlichkeit der Handlung, wie sie das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 14. §. 466—67. allgemein für die Protestation vorschreibt, ist nach gemeinem Recht nicht für nothwendig zu halten; der Beweis kann auch durch Notariatsacte und Zeugen hergestellt werden. Zuweilen wird die Verwahrung auch in besondern Clauseln dem Hauptgeschäft sofort einverleibt; s. Mühlenbruch, doctr. pand. I. §. 112.

6) Vgl. Pr. A. L. R. a. a. O. §. 469. „Bloße Vorbehalte bey Zahlungen und andern dergleichen Handlungen, wodurch die Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet wird, sind nicht nach den Regeln der Protestation zu beurtheilen; sondern ihre Wirkung ist nach der Natur der Handlung selbst, welcher sie beigefügt werden, zu bestimmen."

7) Thibaut, System II. §. 720—24.

8) J. H. Boehmer, l. c. cap. I. §. 15. cap. II. §. 10. — W. H. Puchta, über gerichtliche Klagen. 2. Aufl. §. 162. — Francke, im Archiv für civ. Praxis XXII. S. 376.

9) Reyscher, das gesammte württemb. Privatr. I. §. 136. Note 4,

10) S. v. Wächter a. a. O. §. 52., der aber den Begriff nicht bestimmt genug faßt, indem er den Zweck der Caution darein setzt, daß sie dem Berechtigten wegen gehöriger Erfüllung einer Verbindlichkeit Sicherheit verschaffen soll. Vgl. Puchta, Pandecten §. 79.

wird[11]), oder durch eidlich bekräftigtes Gelübde (cautio juratoria)[12]). Dieses kann auch im Fall des Unvermögens die Realcaution ersetzen, jedoch nur dann, wenn es nach dem richterlichen Ermessen im gegebenen Falle ausreichend erscheint, und die Realcaution nicht als nothwendige Bedingung für die gestattete Ausübung eines Rechts verlangt werden kann[13]). Eine einfache Verbalcaution, — bei den Römern wegen der besonderen Stellung der Stipulation von Wichtigkeit — hat gegenwärtig nur dann eine Bedeutung, wenn es sich um die Feststellung eines Rechtsanspruchs für den Fall einer künftigen Beschädigung handelt, wie bei der cautio damni infecti; in diesem Sinn kann auch durch einfachen Vertrag, z. B. durch eine Strafberedung der Zweck der Sicherheitsstellung erreicht werden.

III. Einweisung in den Besitz (missio in possessionem). Dies früher sehr gebräuchliche Sicherungsmittel, welches namentlich zur Strafe des Ungehorsams im Proceß angewandt wurde[14]), hat jetzt seine Bedeutung großentheils verloren, und findet fast nur als Executionsmittel statt[15]). Selbst wegen damnum infectum wird die Sache regelmäßig durch polizeiliches Einschreiten erledigt[16]).

IV. Richterliche Beschlagnahme (Arrest) und Sequestration. Erstere wird nach den, im Proceß näher anzugebenden Grundsätzen beim Richter ausgebracht; die letztere kann von diesem verfügt, aber auch vertragsmäßig von den Parteien beliebt werden. Man versteht nun unter der Sequestration die Ueberweisung einer Sache, worüber gestritten wird, an einen unbetheiligten Dritten zur Aufbewahrung oder Verwaltung[17]).

---

11) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 14. §. 186. 197. — v. Wächter a. a. O. S. 350. Über die Bestellung einer processualischen Sicherheit s. Civil-Pr. O. §. 101.

12) Der Eid wird nach einigen Particularrechten in diesen und ähnlichen Fällen durch ein Gelübde an Eides statt, bei Verlust von Ehre und gutem Leumund ersetzt; s. Reyscher a. a. O. §. 137. Note 4. — Falck, Handbuch des Schlesw.-Holst. Privatr. IV. S. 26.

13) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 194. — v. Wächter a. a. O. S. 353—54. — Unter Umständen kann daher selbst die Inhaftirung desjenigen, welcher zur Caution verpflichtet ist, und sie nicht zu leisten vermag, nöthig werden; s. A. L. R. a. a. O. §. 185.

14) J. H. Boehmer, J. E. P. II. 15. §. 9—19. — Es hing dies zusammen mit der altdeutschen Verfestung, welche erst durch Albrecht, die Gewere S. 39 —61. ins rechte Licht gestellt ist. Der J. R. A. §. 36. hat dies Verfahren aufgehoben.

15) Sintenis, Civilrecht I. S. 359. Note 58.

16) Thibaut, System II. §. 734. a. E.

17) Thibaut, a. a. O. §. 553. — v. Wächter a. a. O. §. 54. — Frankfurt. Reformation Th. I. Tit. 13. — Ueber das preußische Recht s. Bornemann, systemat. Darstellung I. S. 208—9.

Auch Personen können in analoger Weise unter Aufsicht und Schutz gestellt werden[18].

V. Abfassung eines Inventars. Unter einem Inventarium versteht man das besonders förmliche Verzeichniß einer bestimmten Vermögensmasse, welches zu dem Zwecke abgefaßt wird, den gegenwärtigen Bestand derselben gehörig festzustellen, um es zur Grundlage für spätere Auseinandersetzungen zu machen[19]. Von besonderer Wichtigkeit ist das von den Beneficialerben und Vormündern zu errichtende Inventar; doch kommt es auch in vielen andern Fällen, bei der Testamentsvollstreckung, der Restitution einer Erbschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft unter Ehegatten vor[20], und ist überhaupt am Platze, wenn eine Vermögensverwaltung mit der Verbindlichkeit der Rechnungslegung besteht[21].

Im Allgemeinen ist für die vollständige Beweiskraft eines solchen Verzeichnisses nöthig, daß es unter Zuziehung sämmtlicher Betheiligten oder unter obrigkeitlicher Autorität oder vor Notar und Zeugen abgefaßt werde[22]. Doch kommt es nicht allein darauf an, die formelle Richtigkeit des Verzeichnisses an sich in Beziehung auf die vorgefundenen Sachen gehörig festzustellen, sondern es muß auch außer Zweifel gesetzt werden,

---

[18]) cap. 14. X. de sponsalibus (4, 1.)

[19]) Das Wort kommt indessen auch noch in anderen Bedeutungen vor, z. B. als Beschlag eines Landguts. — Vgl. Pr. A. L. R. I. 2. §. 103. 104. — Hesse, Sachsen-Altenb. Privatr. §. 257.

[20]) S. z. B. Württemb. Landrecht Th. IV. Tit. 3. — Bamberger Landr. bei v. Weber, Darstellung der Baier. Provinzial- und Statutenrechte I. 1. S. 139.

[21]) Besonders bei Kirchen- und Pfarrgütern sind stehende Inventare, auch Matrikel genannt, allgemein gebräuchlich; s. v. Kreittmayr, Anmerkungen III. 1. §. 18. Nr. 1. — Hesse, Handbuch des Sachsen-Altenb. Privatrechts §. 214. — Sachse, Handbuch des großherzoglich Sächs. Privatrechts §. 270.

[22]) Die Vorschriften des römischen Rechts über das vom Beneficialerben zu errichtende Inventar sind bei uns mehr hinsichtlich der Fristen, als der Form selbst praktisch geworden; s. Mühlenbruch, in der Fortsetzung von Glück's Pandecten-Commentar XLI. S. 360 ff. — Auch haben die meisten Particularrechte wesentliche Modificationen eingeführt; s. Württemb. Landr. Th. III. Tit. 22. — Frankf. Reformation Th. VI. Tit. 3. — Baier. Landr. Th. III. Cap. 1. §. 18. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 434—43. — Ueber die Abfassung des Inventars wegen Vormundschaft kommen in den Vormundschaftsordnungen meistens nähere Bestimmungen vor u. s. w. Allgemeine Vorschriften enthält das Hamburger Stadtr. Th. III. Tit. 7. Von Inventarien oder Beschreibung der Güter. Art. 1. „Wiewohl die Inventirung und beschreibung der Güter nicht wenig beschwernuß hat: So ist dennoch ein jeglicher, wer Güter in Händen hat, die er künftiglich restituiren muß, damit aller verdacht und argwohn vermieden bleibe, dieselbe gebürlich, Jedoch auff unterschiedene maß und form, nach gelegenheit der Sachen, Inventiren zu lassen schuldig." Vgl. Baumeister, Hamburg. Privatrecht I. S. 88.

daß wirklich die gegenwärtige Vermögensmasse in ihrem vollständigen Bestande verzeichnet worden ist. Zu diesem Behuf können vorläufige Maaßregeln, wie die Versiegelung (Obsignation) im Sterbehause oder ein Manifestationseid der Betheiligten nöthig werden. Eine eidliche Specification des Vermögens ersetzt in Fällen, wo ein Inventar gesetzlich vorgeschrieben, nach gemeinem Recht dasselbe nicht[23]); doch können dadurch unter Umständen die Mängel in der Abfassung des Inventars ausgeglichen werden[24]).

VI. Die Edictalladung oder das gerichtliche Aufgebot. Die schon im römischen Rechte erwähnte[25]) und in den Reichsgesetzen ausdrücklich anerkannte[26]) Einrichtung, gerichtliche Ladungen in gewissen Fällen durch öffentliche Edicte oder Proclame statt der gewöhnlichen Insinuation zur Kenntniß der Betheiligten zu bringen, ist namentlich auch zu einem Mittel ausgebildet worden, um die Anmeldung sämmtlicher, auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß gegründeter Ansprüche zu veranlassen, und eine Sicherung vor der spätern Geltendmachung derselben zu erlangen. Darauf beruht der heutige Concursproceß; aber auch in andern Fällen sind Edictalladungen der Betheiligten mit Androhung der Präclusion sehr gebräuchlich, obgleich sie der Rechtsregel widerstreiten, daß niemand zur Verfolgung seiner Rechte vor dem Ablauf der gesetzlich vorgeschriebenen Frist gezwungen werden kann, und außerdem auf der Fiction beruhen, daß die Ladung allen Betheiligten wirklich bekannt geworden sei. In ersterer Beziehung bekommt eine solche Ladung gewissermaaßen die Bedeutung einer vom Richter gesetzten Verjährung[27]), und was den zweiten Punkt betrifft, so tritt ein ähnliches Verhältniß ein wie bei der Publication der Gesetze, indem den Betheiligten die Verpflichtung erwächst, sich die Kenntniß von den in üblicher Form veröffentlichten Proclamen zu verschaffen. Wenn nichts

[23]) Nach sächsischem Recht ist das anders; s. Haubold, Lehrbuch §. 348. 352.

[24]) D. G. Strube, rechtliche Bedenken 1. 79. — Es kann hier wohl die Analogie des Erfüllungseides entscheiden; im Zweifel wird freilich den Betheiligten das juramentum in litem zugestanden werden müssen.

[25]) L. 8. C. de remiss. pign. (8, 26.). — Nov. 112. cap. 3.

[26]) Notariats-Ordnung Tit. II. §. 1. — „in offen Edict's weiß" —. Landfr. v. 1548. Tit. XIV. §. 1. — K. G. O. Th. I. Tit. 38. §. 20. — Man unterscheidet wohl Edictalladung und Proclam, je nachdem die Ladung an bestimmte Personen, deren Aufenthalt unbekannt ist, oder an solche, deren Dasein und Zahl überhaupt nicht bekannt ist, gerichtet wird; s. Baumeister a. a. O. S. 89. Allein gewöhnlich wird ein solcher Unterschied nicht gemacht.

[27]) Dieser Vergleich soll jedoch ebenso wenig zur Rechtfertigung des Verfahrens dienen, als dieselbe durch die analoge Ausdehnung des Provocationsprocesses, wie namentlich v. Cramer, Wetzlarische Nebenstunden XI. S. 1. und LXXIV. S. 92 ff. sie versucht hat, geführt werden kann.

desto weniger die gemeinrechtliche Gültigkeit dieses Verfahrens auch außerhalb des Concurses nicht in Abrede gestellt werden kann[28]), so läßt sich dieselbe nur in einem modernen Gewohnheitsrecht suchen, welches durch das Bedürfniß hervorgerufen, in dem Gerichtsgebrauch seine Ausbildung erlangt hat. Den Hauptanhalt dafür hat ohne Zweifel die Analogie des modernen Concursprocesses gegeben; doch finden sich schon bei den älteren italienischen Juristen Spuren davon[29]), und die Praxis des Reichskammergerichts hatte es bereits im 16. Jahrhundert fest und principienmäßig ausgebildet[30]). Später hat sich das Institut besonders auf dem Gebiet der sächsischen Praxis entwickelt, wo es auch seine erste gesetzliche Normirung erlangt hat[31]); wie wichtig es aber für das heutige Rechtsleben geworden, ergiebt ein Blick in die Annoncen der ersten besten Zeitung. Doch ist die Lehre in der Theorie sehr vernachlässigt worden, so daß für eine gemeinrechtliche Darstellung derselben nur geringe Vorarbeiten geboten sind[32]). Einige allgemeine Grundsätze lassen sich wohl aufstellen; aber das Detail ist der particulären Rechtsbildung zu entnehmen.

a) Die processualische Seite des Instituts hat in der Civil-Pr.-O. §. 823—50 über das Aufgebotsverfahren eine gemeinrechtliche

[28]) Es hat freilich auch nicht an solchen gefehlt, welche dies gethan haben; s. besonders Kind, quaest. for. (edit. II.) I. cap. 65. und dagegen v. Berg, jur. Beobachtungen und Rechtsfälle IV. 4. Ganz vereinzelt steht die Edictalladung überhaupt nicht im deutschen Rechte, denn es giebt noch andere Institute, welche mit ihr verwandt sind, wie die richterliche Verkündigung bei der Auflassung und den Retractrechten, das öffentliche Aufgebot vor der Eheschließung, das Aufgebot gefundener Sachen; allein sie haben doch wieder ihre besondere Bedeutung und dürfen mit der Edictalladung nicht identificirt werden. Vgl. Eichhorn, Kirchenrecht II. S. 311 ff. 329 ff.

[29]) Bartolus ad L. 4. D. de jure deliberandi. (28, 8.) Vgl. Wetzell, System des ord. Civilprocesses S. 63 ff.

[30]) S. besonders A. Gaill, observatt. pract. I. 57, wo es schon nu. 1. heißt: Et ideo quosdam casus subjiciam, in quibus citatio edictalis locum habeat, quia materia in foro utilis et frequens est. Vgl. auch Mynsinger, sing. observatt. cent. II. obs. 47.

[31]) Churfächs. Mandat, die Edictalcitationen in Civilsachen, außerhalb des concursus creditorum betreffend, v. 13. Nov. 1779 (bei Schaffrath, codex Saxonicus I. p. 1073 ff.). — Sehr ausführliche Bestimmungen enthält auch die Pr. A. G. O. Th. I. Tit. 51. §. 99—181.

[32]) Auch das Hauptwerk über die Lehre: C. A. Haase, über Edictalladungen und Edictalproceß außerhalb des Concurses mit Hinsicht auf particuläres, vorzüglich Sächsisches und Preußisches Recht. Leipzig 1817. — enthält doch vorzugsweise nur eine Zusammenstellung der beiden genannten Gesetzgebungen. Aeltere Bearbeitungen der Lehre sind: Schultzen, D. de citatione edictali. Francof. 1698. — Koeselisius, D. de citatione edictali. Vitemb. 1728. Vgl. Bruns, im Jahrbuch des gem. deutschen Rechts I. S. 180.

Normirung gefunden, während die Zulässigkeit so wie die Voraussetzungen und Wirkungen desselben davon unberührt geblieben sind. Eine Ausnahme davon gilt nur, insofern es sich um die Kraftloserklärung gewisser Urkunden handelt. Auch haben die Bestimmungen der C.-Pr.-O. keine absolute Geltung, indem es nach dem Einführungsgesetz §. 11. der Landesgesetzgebung im Allgemeinen freigelassen ist, sie auszuschließen oder durch andere Vorschriften zu ersetzen. — Es kann jeder zuständige Richter Edictalladungen erlassen, wenn nur die allgemeinen Erfordernisse dafür vorhanden sind[33]). Ob dies aber der Fall, hängt davon ab, für welche Verhältnisse und unter welchen Bedingungen sie überhaupt zulässig sind, — was der Richter zunächst nach seinem Particularrecht zu entscheiden hat. Die anomalische Natur des Instituts gebietet doppelte Vorsicht bei dessen Anwendung: es darf nicht über den Zweck, welcher durch dasselbe erreicht werden soll, hinaus ausgedehnt und nicht auf analoge Fälle angewendet werden. Wo die Specialladung ausreicht, ist das Aufgebotsverfahren nicht begründet[34]).

b) Die für die Meldung zu bestimmende Frist ist von dem Richter nach den Umständen abzumessen, doch pflegen in wichtigeren Fällen drei Termine angesetzt zu werden[35]). Die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots geschah früher durch Anschlag im Lokale des citirenden Gerichtes und in dem von wenigstens zwei fremden Gerichten (in dreier Herren Landen) und außerdem durch dreimalige Bekanntmachung in drei öffentlichen Blättern[36]). In dem Reichsgesetze ist die Anheftung an die Gerichtstafel des zuständigen Gerichtes und die Einrückung in den Reichsanzeiger vorgeschrieben, so wie, vorbehaltlich abweichender Anordnung durch die Landesgesetzgebung, Einrückung eines Auszugs der Ladung in dem für amtliche Bekanntmachungen des Gerichtes bestimmten Blatte[37]).

c) Wenn die Ladung von Erfolg sein soll, so muß sie unter Androhung der Präclusion geschehen. Diese kann aber verschieden gefaßt

[33]) Civil-Pr. O. §. 823. Abs. 2. Vgl. Haase a. a. O. Abth. 1. Cap. 2. Nach älterer Ansicht war nur derjenige Richter dazu befugt, der für alle Betheiligte die höhere Instanz bildete, also im Zweifel nur das R. K. G. (Gaill l. c. nu. 7. 8.) oder doch das höchste Landgericht; vgl. Mevius, decis. VIII. 351.)

[34]) Vgl. Kind, quaest. for. I. cap. 65. — Archiv für oldenburg. Recht II. S. 185—86. Seuffert. IV. Nr. 155. VII. Nr. 110. IX. Nr. 225. — Particularrechte verlangen namentlich eine Bescheinigung, daß unbekannte Interessenten da sind, aber nicht haben aufgefunden werden können. Sächs. Mandat v. 13. Nov. 1779. §. 2. — Pr. A. G. O. Th. I. Tit. 51. §. 111.

[35]) Es sind dies die gewöhnlichen drei Fristen des gemeinen Processes; s. schon Nov. 112. cap. 3.

[36]) Landfr. v. 1548. Tit. XIV. §. 1. — Gaill l. c. nu. 10. — Haase a. a. O. Abth. 1. Cap. 1. §. 2. — Wetzell a. a. O. S. 758 ff.

[37]) Civil-Pr. O. §. 825. Vgl. §. 187.

werden, indem sie bald den Verlust des Rechts überhaupt zur Folge hat, bald nur den der Geltendmachung desselben unter den vorliegenden Umständen[38]). Eine möglichst genaue Fassung dieses Punktes ist durchaus nöthig, weil darauf die Rechtfertigung des Präclusivbescheides beruht.

d) Die Androhung der Präclusion ist nur in den Fällen gerechtfertigt wo sie durch Gesetz oder Gewohnheit eingeführt worden, und der Richter ist nicht befugt, sie aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit analog auszudehnen. Wenn sie aber begründet ist, so muß sie auch so gefaßt werden, wie das positive Recht es mit sich bringt, und der Zweck des Instituts es erheischt[39]). — Die Particularrechte gehen hier einen verschiedenen Weg[40]); nach gemeinem Recht aber muß man für die einzelnen Fälle, in denen das Institut überhaupt zur Anwendung kommt, unterscheiden.

e) Diese sind außer dem Concurse folgende:

1. Zur Feststellung des Besitztitels und dinglicher Rechte an Grundstücken. Diese Anwendung ist durch die Nothwendigkeit hervorgerufen worden, als die deutsche Auflassung vor dem Andrange des römischen Rechts zurückwich, und nun das tiefgefühlte Bedürfniß des Realcredits eine Aushülfe gegen die dadurch herbeigeführte Erschütterung suchen ließ. Deswegen pflegt auch die Ladung in diesem Fall gewöhnliche Gutslasten, z. B. Prädialservituten nicht zu treffen, während dagegen die vollständige Ausschließung der aufgerufenen, aber nicht angemeldeten Rechtsansprüche

---

38) Civil=Pr. O. §. 824. „In dasselbe (das Aufgebot) ist insbesondere aufzunehmen — 3, die Bezeichnung der Rechtsnachtheile, welche eintreten, wenn die Anmeldung unterbleibt." — Eine nicht definitive Ausschließung kann erfolgen nach Analogie des Concursprocesses, wo auch nur die Ausschließung von der gegenwärtigen Debitmasse erfolgt; s. (v. Trützschler) die Lehre von der Präclusion bei entstandenem Concurs der Gläubiger, Abschn. 2. Abth. 1. §. 11. — Abth. 2. §. 34. Im Einzelnen ist dann noch zu unterscheiden, ob die Geladenen blos mit ihren Klagen oder auch mit den Einreden ausgeschlossen sind. Exclusus ab agendo non est exclusus ab excipiendo. S. Quistorp, rechtliche Bemerkungen I. 21. — Beckmannorum consilia I. resp. IX. nu. 10—12. Ist jedoch das Recht überhaupt genommen, so können auch keine Einreden daraus hergeleitet werden.

39) Civil=Pr. O. §. 823. „Eine öffentliche gerichtliche Aufforderung zur Anmeldung von Ansprüchen oder Rechten findet mit der Wirkung, daß die Unterlassung der Anmeldung einen Rechtsnachtheil zur Folge hat, nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen statt." Vgl. Pufendorf, observ. jur. III. 86. §. 4. — Glück, Pandecten=Commentar VI. S. 483. — A. D. Weber, von der natürlichen Verbindlichkeit §. 93. — Haase a. a. O. Abth. 2. Cap. 1.

40) Von den oben Note 31. angeführten Gesetzen nimmt das sächsische die Präclusion durchweg im strengsten Sinn, und läßt auch den Verlust der in integrum restitutio androhen, was nach gemeinem Rechte unzulässig ist, s. das Erk. bei Seuffert VI. Nr. 268.

erfolgt[41]). — Uebrigens sind in den Staaten, wo das Princip der Auflassung fest gegründet ist, solche Edictalladungen nicht mehr nöthig, und da, wo es durch neue Hypothekenordnungen wieder zur Geltung gebracht werden soll, sind sie nur erforderlich, um für die Anlegung der öffentlichen Bücher die gehörige Basis und Sicherheit zu gewinnen[42]).

2. Auf Antrag des Beneficialerben, um durch die Ladung der Gläubiger den Bestand der Erbschaft festzustellen. Manche lassen auch in diesem Fall eine vollständige Ausschließung der nicht angemeldeten Rechtsansprüche eintreten[43]), während andere annehmen, daß der Beneficialerbe gehalten ist, auch sie nachträglich zu befriedigen, wenn in der Erbmasse die Mittel dazu noch vorhanden sind. Sein Vortheil würde also nur darin bestehen, daß er eine ungefähre Uebersicht über den Bestand der Erbmasse erhält, und den angemeldeten Gläubigern sicher zahlen kann[44]). Insofern sich nun particularrechtlich keine feste Regel im entgegengesetzten Sinn gebildet hat, ist der milderen Auffassung der Vorzug zu geben, indem schon durch sie der Zweck des Instituts erreicht wird.

3. Unentbehrlich ist das Aufgebotsverfahren behufs der Kraftloserklärung verloren gegangener Schulddocumente[45]). Darüber enthält die Civil-Pr. O. genaue Vorschriften und zwar hinsichtlich der Wechsel und der im H.-G.-B. Art. 301 und 302 bezeichneten Urkunden §. 837—42, hinsichtlich der Werthpapiere mit Zins- oder Dividendenscheinen §. 843—48, mit einer analogen Ausdehnung der letzteren auf andere verwandte Papiere[46]).

41) Vgl. Seuffert VII. Nr. 111. — Schon Gaill l. c. nu. 9 sagt: Item est singularis cautela pro emptoribus castrorum vel praediorum, ut certi et securi sint de evictione, — wobei wohl besonders an die Retractrechte gedacht ist. Im Allgemeinen vgl. Haase Abth. 2. Cap. 2 und 3; doch handelt er nach dem Vorgange des sächsischen Gesetzes nur von dem Proclam zur Anmeldung alter oder stillschweigender Hypotheken.

42) S. z. B. die Großh. Mecklenburgische Stadtbuchordnung v. 22. Nov. 1829. §. 94—96.

43) J. Mynsinger, sing. observatt. II. 47. — v. Berg, jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle IV. S. 104.

44) Pufendorf, observatt. jur. III. 86 §. 4 — Glück, Pandecten-Commentar III. S. 303. — Haase Abth. 2. Cap. 5.

45) v. Bülow, Abhandlungen I. Nr. 17. — Seuffert, Archiv X. Nr. 100.

46) Civil-Pr. O. §. 837—48 u. §. 849. „Die Vorschriften der §§. 843—48 finden auch auf das Aufgebot anderer als der in §. 837. Abs. 1. bezeichneten Urkunden, welche auf den Inhaber lauten oder durch Indossament übertragbar und mit einem Blankoindossament versehen sind, Anwendung, insoweit nicht der Anspruch, über welchen die Urkunde ausgestellt ist, in einem Grund- oder Hypothekenbuche eingetragen ist. — Durch diese Bestimmung werden Vorschriften, welche für das Aufgebotsverfahren noch andere oder schwerere Voraussetzungen aufstellen, nicht berührt.“ Vgl. Einführungsgesetz §. 11.

4. Aufgebot behufs der Todeserklärung eines Verschollenen; s. unten §. 58.

5. Es werden noch manche Fälle angeführt, in denen Edictalladungen auch nach gemeinem Recht zur Anwendung kommen sollen; namentlich wenn es sich darum handelt, einen gerichtlichen Accord unter den Gläubigern zu Stande zu bringen[47]); wenn Ansprüche an Geldern, die seit Langem in gerichtlichem Gewahrsam liegen, zu ermitteln sind[48]) u. s. w. Doch ist eine gemeinrechtliche Gewohnheit für diese und ähnliche Fälle schwerlich begründet[49]).

§. 55.

Das Pfändungsrecht.

Das Recht zu pfänden, d. h. fremde Sachen eigenmächtig wegzunehmen, um dadurch einen Anspruch zu befriedigen oder doch zu sichern, kommt schon in den ältesten deutschen Rechtsquellen vor, und hat sich in einzelnen Anwendungen bis heute in gemeinrechtlicher Geltung erhalten[1]). Man muß dabei aber die gerichtliche Pfändung, welche unter Autorität des Gerichts geschah[2]), und die außergerichtliche unterscheiden. Die erstere, auch dem römischen Recht bekannt, hat sich zu einem regelmäßigen

---

47) Strube, rechtliche Bedenken IV. 134. — Haase Abth. 2. Cap. 6. — Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Baiern. 1846. Nr. 17. S. 262—64.

48) Haase a. a. O. Cap. 4.

49) Das chursächs. Gesetz v. 1779 läßt die Androhung der Präclusion in folgenden Fällen zu: 1. zur Bewirkung der Cassation alter Hypotheken; 2. um die Anmeldung stillschweigender Hypotheken an einem veräußerten Grundstücke zu erlangen; 3. bei Verlassenschaften, — um die Erbschaftsgläubiger und die nächsten Erben, 4. um die Anwärter an einem Fideicommiß zu ermitteln; 5. bei Lehnsportionen und Lehnsquantis, welche zu Lehen aufgetragen sind; 6. bei gerichtlichen Depositen; 7. wenn zur Beilegung eines Creditwesens und Abwendung eines Concurses unter den Gläubigern ein Accord versucht werden soll. — Ueber Hamburg vgl. Baumeister a. a. O. S. 89 ff.

1) Wilda, das Pfändungsrecht, in der Zeitschr. für deutsches Recht I. 2. S. 167—320. — W. v. Meibom, das deutsche Pfandrecht (Marburg 1867.) S. 39—247.

2) Nach manchen Volksrechten genügte es, wenn nur die ritterliche Erlaubniß zur Pfändung eingeholt war. L. Sal. tit. 74. Si quis debitorem suum per ignorantiam sine judice pignorare praesumserit. — L. Bajuv. tit. XII. cap. 1. Pignorare nemini licet nisi per jussionem judicis. L. Burgund. tit. XIX. 1. S. überhaupt Wilda S. 179—189. — R. Sohm, der Proceß der Lex Salica (Weimar 1867.) S. 11—54. — J. Fr. Behrend, zum Proceß der Lex Salica (Festgaben für Heffter). Berlin 1873.

Executionsmittel unseres Processes ausgebildet, und kommt hier nicht weiter in Betracht; die letztere aber, welche den Charakter der erlaubten Selbsthülfe an sich trägt, ist dem im altgermanischen Rechtsleben begründeten Princip der rechtmäßigen Eigenmacht des Freien entwachsen, und wenn auch durch das schon im Mittelalter erkennbare Bestreben, die regelmäßige Wirksamkeit der Gerichte zu befestigen, und durch das moderne Staatswesen sehr beschränkt, — für gewisse Rechtsverhältnisse noch erhalten, ja selbst in ihrer Anwendung erweitert worden. Es sind hier folgende Fälle zu unterscheiden.

A. Außergerichtliche Pfändung als Executionsmittel.

I. Die Pfändung um Schuld. Ursprünglich wohl im weiten Sinn begründet[3]), suchte die Gesetzgebung dieser Befugniß des Gläubigers, sich selbst sein Recht zu verschaffen, schon früh entgegen zu wirken[4]), und auch die Vorschriften späterer Reichsgesetze, welche die außergerichtliche Pfändung wegen kundlicher, redlicher Schuld zuließen[5]), haben sich den Anforderungen des modernen Staatsprincips gegenüber nicht in Uebung halten können. Selbst wenn über die Schuld liquide Urkunden (klare Hand und Siegel) vorliegen, kann gegenwärtig nur der Executivproceß darauf gebaut werden; die s. g. Pfändungsclausel (mit oder ohne Recht) dagegen, worauf die Reichsgerichte nach Anleitung der italienischen Praxis noch unbedingte Mandate erkannten, hat jetzt keine rechtliche Bedeutung mehr[6]).

---

3) L. Langob. Rotharis cap. 245. — Wilda S. 191 ff.

4) L. Wisigoth. lib. V. tit. 6. cap. 1. — Capit. de partibus Saxoniae ai. 785. cap. 25. — Friderici II. constitut. pacis ai. 1235. cap. 10. Nullus aliquem sine auctoritate judicis provincie pignorare praesumat; quod qui fecerit tanquam predo puniatur. — Rudolph I. Landfr. v. 1281. §. 47. „Swer den andern pfendet an fronbote, der ist fridbrech,"

5) König Wenzels Landfr. v. 1389. §. 24. — Landfr. v. 1398. §. 6. — Friedrich III. Reformation v. 1442. §. 2—5. — Der ewige Landfr. v. 1495. §. 9. erkennt das bestehende Recht an, während die s. g. Pfändungsconstitution (K. G. O. Th. II. Tit. 22. vgl. R. D. A. v. 1600. §. 36 ff.) sich nur auf die Reichsunmittelbaren bezieht. Mevius, dec. II. 106. nu. 5. — Leyser, meditt. ad pand. Sp. 595. med. 1—4. — Felix Delbrück, das Pfändungsrecht wegen Schuld nach dem Rügenschen Landgebrauche, in der Zeitschr. für Deutsches Recht XII. S. 221—69.

6) Constitutio pacis ad Rhenum ai. 1301. — (Pertz L. L. II. p. 476.) — R. D. A. v. 1600. §. 32. — Eichhorn, Einleitung §. 121. a. E. — Phillips, Grundsätze I. S. 442—43. — Wilda a. a. O. S. 205—9. — K. H. Briegleb, über executorische Urkunden und den Executivproceß. 2 Thle. Nürnberg 1839., womit für das deutsche Recht zu vergleichen Planck, in Schneider's kritischen Jahrbüchern 1845. Heft 5. S. 418—49. — Heusler, Zeitschrift für Rechtsgeschichte VI. S. 127 ff. Aeltere Juristen stellen die wunder=

II. Die Pfändung wegen Zinsen. Das alte Pfändungsrecht um Schuld fand eine besondere Anwendung darin, daß der Gutsherr die fälligen Zinsen seiner Hintersassen eigenmächtig eintreiben durfte[7]), — ein Recht, welches man aber nicht lediglich auf die Gewere am Grundbesitz begründen darf, indem sie nur die Veranlassung war, daß es für diesen Fall allgemein anerkannt ward[8]). Gegenwärtig besteht dies gutsherrliche Recht nur noch nach einzelnen Particularrechten in beschränkter Weise[9]); desto allgemeiner ist aber den Staats- und Communalbehörden die Befugniß beigelegt, wegen rückständiger öffentlicher Abgaben zur Auspfändung zu schreiten.

B. Pfändungsrecht als Sicherungsmittel.

I. Pfändung wegen Schadenszufügung an Grundstücken. Diese hat in zwei Fällen statt: nämlich wenn der Schaden an Grundstücken und deren Früchten durch fremdes Vieh oder durch Personen angerichtet wird. Der Zweck ist Sicherung des Interesse (Schadensersatz, Buße, Kosten) und des Beweises, statt dessen eben das Pfand gilt, so daß derjenige, welcher es rechtmäßig genommen, in Beziehung auf den Rechtsanspruch im Allgemeinen die Rolle des Beklagten hat; die Größe des Schadens bleibt dann, insofern der Ersatz nicht in der Buße enthalten ist, später noch zu ermitteln[10]). Schon dieser Umstand weist darauf hin, und die geschichtliche Entwickelung des Instituts bestätigt es, daß dasselbe nicht blos als ein außerordentliches Rechtsmittel im Nothfall zur Anwendung gebracht werden darf, sondern unter der allgemeinen

---

liche Ansicht auf, die Pfändungsclausel sei noch von Wirkung, wenn der Schuldner sich die Pfändung ruhig gefallen lasse, oder so schwach sei, daß sein Widerstand keinen Landfriedensbruch befürchten lasse. Kopp, de pignerat. conventionali §. 18. 19. — Gerstlacher, Handbuch der teutschen Reichsgesetze X. S. 2378.

[7]) Rudolph I. Landfr. v. 1281. §. 59. „Ez pfendet ein igelich man sinen hindersazzen wol an fronboten ûmb sinen zins und ûmb sein gulte." — Sächs. Landr. B. I. Art. 54. §. 4. B. III. Art. 20. §. 2. — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 70. — Goslar. Statuten bei Göschen S. 22. Z. 1.

[8]) Wilda S. 217 ff. vgl. meine Lehre von den Erbvertr. I. S. 168. — v. Meibom a. a. O. S. 227 ff. Die entgegengesetzte Ansicht ist besonders vertreten von Albrecht, die Gewere S. 19 ff. S. 75. Note 152c. S. 159.

[9]) Eichhorn, Einleitung §. 264. — Wilda S. 216. — Reyscher, württemb. Privatr. I. §. 139.

[10]) Baier. Landr. Th. II. Cap. 6. §. 24. — „Den Beweis belangend, ist 11mo der Pignorant den angeblichen Schaden zu beweisen nicht schuldig, sondern das Pfand soll statt der Probe sein, so lange nicht der Pignorat beweisen kann, daß entweder gar kein Schaden geschehen, oder das Pfand anderer Ursachen wegen abgenommen sei." — v. Kreittmayr ad h. l. Nr. 77. — Mittermaier I. §. 152. Nr. 9. — Wilda S. 311 ff. — Zu weit gehen Eichhorn §. 123 a. E. und Phillips I. §. 64. S. 449.

Voraussetzung seiner Begründung eine unbeschränkte Wirksamkeit hat[11]), wenn auch eine gewisse Schonung bekannter, und namentlich benachbarter Personen von der Sitte geboten wird. Particularrechte haben indessen die beschränkte romanistische Auffassung des Instituts zuweilen aufgenommen[12]).

a) Viehpfändung oder Schüttung. Schon in den Volksrechten[13]) und Capitularien[14]) ist der Grundsatz anerkannt worden, daß fremdes Vieh, welches auf Grundstücken betroffen wird und Schaden angerichtet hat, gepfändet werden darf. Dieser Grundsatz erhielt sich während des ganzen Mittelalters[15]) und hat auch jetzt noch gemeinrechtliche Geltung[16]). — Zur Vornahme der Handlung berechtigt ist, außer den zum Schutz der Feldmark etwa besonders angestellten Personen, z. B. Flurschützen, derjenige, welcher den Schaden erlitten hat, also nicht blos der Eigenthümer, sondern auch der Nutznießer, Pachter u. s. w.[17]). Doch muß die Pfändung auf frischer That geschehen[18]), auf dem Grundstücke selbst (in der Were)[19]) und mit Schonung, also ohne Gewaltthätig-

---

11) Phillips a. a. O. S. 445. — Wilda S. 271.

12) Baier. Landr. Th. II. Cap 6. §. 24. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 14. §. 414—16. Vgl. Bornemann, systemat. Darstellung I. S. 204—8., und über den Widerspruch der Stände gegen diese Auffassung des Instituts Götze, Provincialrecht der Altmark I. S. 104 ff.

13) L. Burgund. tit. 49. — L. Lang. Rotharis cap. 343. 346. — L. Wisigoth. lib. VIII. tit. 3, 13. — Wilda S. 229—41.

14) Capit. de exercital. ai. 811. cap. 6. (Pertz L. L. I. p. 169.)

15) Sächs. Landr. B. II. Art. 47. § 1—3. — Schwäb. Landr. Cap. 310.

16) S. U. Zasius ad T. D. de noxal. act. (9, 4.) nu. 31. — Mevius ad jus lub. P. III. tit. 11. ad rubr. nu. 11. u. s. w. — Das österr. Gesetzbuch hat die Privatpfändung nur in dieser Anwendung anerkannt; s. §. 1321. „Wer auf seinem Grund und Boden fremdes Vieh antrifft, ist deswegen noch nicht berechtigt, es zu tödten. Er kann es durch anpassende Gewalt verjagen, oder wenn er dadurch Schaden gelitten hat, das Recht der Privatpfändung über so viele Stücke Viehes ausüben, als zu seiner Entschädigung hinreicht. Doch muß er binnen acht Tagen sich mit dem Eigenthümer abfinden, oder seine Klage vor den Richter bringen; widrigenfalls aber das gepfändete Vieh zurückstellen. §. 1322. Das gepfändete Vieh muß auch zurückgestellt werden, wenn der Eigenthümer eine andere angemessene Sicherheit leistet." Vgl. Sächs. Gesetzbuch §. 488—94.

17) Wilda S. 264—69. — Winiwarter, das österr. bürgerl. Recht IV. S. 581.

18) Sächs. Landr. B. II. Art. 28. §. 2. — Baier. Landr. Th. II. Cap. 6. §. 24. Nr. 4. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 14. §. 419. — Wilda S. 281 ff.

19) Sächs. Landr. B. II. Art. 47. §. 3. — Eichhorn, Einleitung §. 123. Note g. — Wilda S. 283. und die das. Note 263. angef. Schriftsteller, denen auch Mittermaier, Grundsätze (7. Aufl.) I. §. 152. beizuzählen ist. Das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 14. §. 420. bestimmt abweichend: „Außerhalb der Gränzen der Feldflur, auf welcher die Beschädigung oder Störung erfolgt ist,

keit und nicht im Uebermaaß[20]). Dagegen ist nicht erforderlich, daß der Pfändende seinen Grundbesitz gegen das schadende Vieh abgezäunt oder sonst verwahrt hat; denn im Zweifel ist es eben die Pflicht des Eigenthümers, dasselbe zu hüten[21]).

Ueber das weitere Verfahren: wo das gepfändete Vieh aufzubewahren, ob bei dem Beschädigten oder im Pfandstall; wann und bei wem die Anzeige über die Pfändung gemacht werden, in welcher Frist die Auslösung geschehen muß[22]), — darüber lassen sich keine gemeinrechtliche Regeln aufstellen. Sehr häufig ist aber ein Pfandgeld, welches bald als Wette an die Obrigkeit oder die Gemeindecasse, bald als Buße an den Beschädigten fällt, und im letztern Fall statt des Schadenersatzes dienen kann[23]). — Widersetzlichkeit gegen rechtmäßige Pfändung ist strafbar[24]); wegen unrechtmäßig unternommener Pfändung hat umgekehrt der Verletzte die Spolienklage[25]).

b) Die Pfändung wegen Beschädigung durch Personen. Wenn von Personen an Grundstücken ein Schaden angerichtet worden[26]),

---

darf der Beeinträchtigte den Beschädigten oder Störer mit Pfändung nicht verfolgen." Vgl. Preuß. Feldpolizeiordnung v. 1. Nov. 1847.

[20]) Wilda S. 285 ff. — Phillips I. S. 446. — Es können hier freilich verschiedene Gesichtspunkte in Betracht kommen, z. B. wenn von jedem einzelnen gepfändeten Stück ein Pfandgeld gezahlt werden muß; s. jedoch Pr. A. L. R. a. a. O. §. 441. „Im Allgemeinen ist aber anzunehmen, daß die Pfändung nicht über ihren Zweck, Sicherung der Forderung und des Beweises, hinausgehen darf." Pr. A. L. R. a. a. O. §. 424—26. 429. — Oesterr. Gesetzb. §. 1321. (oben Note 16.).

[21]) de Wernher, observatt. for. VIII. 306. — Phillips S. 446. — Anderer Meinung ist Wilda S. 275. — Ortsgewohnheiten und die äußere Einrichtung der Wirthschaft werden hier freilich oft entscheiden.

[22]) Churfächs. Constitution v. 1572. P. II. Const. 7. — Baier. Landr. Th. II. Cap. 6. §. 24. Nr. 6. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 14. §. 431—32. — Götze, das Provinzialrecht der Altmark I. S. 115 ff.

[23]) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 444—45. — Im Allgemeinen s. hierüber Wilda S. 303—11., der aber die praktische Bedeutung des Pfandgeldes zu gering anschlägt, wenn auch keine gemeinrechtlichen Regeln darüber aufgestellt werden können. In Niedersachsen wenigstens knüpft sich zum großen Theil das Interesse des ganzen Instituts der Pfändung daran. S. auch Götze a. a. O. S. 117 ff.

[24]) S. oben Note 14. — Sächs. Landr. B. II. Art. 27. §. 4. — Pr. A. L. R. a. a. O. §. 458—60. — Wilda S. 291.

[25]) Mevius, decis. VI. 63. — Leyser, meditt. ad pand. Sp. 595. med. 8.

[26]) Die Pfändung wegen des bloßen Betretens eines fremden Grundstückes setzt ein Strafverbot voraus, ist aber auch dann wohl gemeinrechtlich nicht für begründet zu halten, so wenig wie die Pfändung, welche von den Zünften, namentlich bei dem s. g. Jagen der Bönhasen oder Pfuscher ausgeübt ward. Vgl. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 14. §. 417. „Wegen blos verwirkter Strafe kann eine Privatperson nur alsdann zur Pfändung schreiten, wenn sie ein besonderes Interesse

so kann ihnen von dem Verletzten ein Pfand abgenommen werden, — ein Grundsatz, welcher jedoch weniger allgemein und gleichmäßig gilt, wie der über die Viehpfändung. Es kommt dabei namentlich der Schaden in Betracht, welcher durch Fahren und Reiten über bestellte Aecker und Wiesen geschieht[27]); ferner die Pfändung wegen eigenmächtiger Ausübung von Nutzungsrechten auf fremdem Grundbesitz, mit Einschluß der Jagd und Fischerei[28]). Ist aber das Nutzungsrecht vom Eigenthum getrennt, so hat der Inhaber des ersteren die Pfändung auszuüben, und zwar innerhalb des Bezirkes, auf welchem das Recht zusteht, z. B. also des Jagdreviers[29]). Sonst gelten auch hier im Allgemeinen die oben für die Viehpfändung aufgestellteu Regeln, nur daß dem Gegenstande nach die Pfändung sich auf die Abnahme einzelner beweglicher Sachen beschränkt, der Peitsche des Kutschers, der Flinte des Jägers, der Netze des Fischers, der Axt des Holzhauers[30]) u. s. w.

II. **Pfändung zum Schutz des Besitzes.** Dies Recht ist nicht in der deutschen Volkssitte, sondern in der Theorie der Juristen entsprungen, welche in der Pfändung ein passendes, symbolisches Mittel gefunden zu haben glaubten, den nachtheiligen Wirkungen einer Besitzstörung, besonders bei der Ausübung von Realrechten, nachdrücklicher als mit bloßen Protestationen entgegen zu treten. Die Veranlassung dazu bot die Auffassung des Pfändungsrecht als einer Art der Nothwehr, um dasselbe mit dem römischen Recht in Einklang zu bringen[31]); doch ist

---

dabei hat, daß durch Vollstreckung der Strafe ihr Recht gegen künftige Beeinträchtigungen gesichert werde." — Wilda S. 269. — Mittermaier I. §. 152. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 195. Note 3. — Sehr verbreitet ist bekanntlich die Sitte, durch Anschlag oder äußere Zeichen, z. B. Strohwische, verbotene Wege anzudeuten; s. schon L. Bajuv. tit. IX. cap. 12. (13.).

27) Sächs. Landr. B. II. Art. 27. §. 4. „Sve so unrechten wech sleit over gewunnen land, vor jewelk rat sal he geven enen pennig, die ridene man enen halven, unde solen den scaden gelden, of dar sat uppe stat; dar vore mut man se wol panden." — Baier. Landr. Th. II. Cap. 6. §. 24.

28) Sächs. Landr. B. II. Art. 28. §. 1. „Sve so holt houwet oder gras snit oder vischet in enes anderen mannes watere an wilder wage, sin wandel dat sint dre schillinge; den scaden gilt he uppe recht. §. 2. Vischet he in diken die gegraven sin, oder houwet he holt dat gesat is oder barende böme, oder brict he sin ovet, oder howet he malbome, oder grevet he up stene, die to markstene gesat sin, he mut drittich schillinge geven. Vint man ene in der stat, man mut ine wol panden oder uphalden vor den scaden ane des richters orlof." — Wilda S. 241.

29) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 14. §. 421—22. — v. Kamptz, Handbuch des Mecklenburg. Civilrechts. §. 74 a. E.

30) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 418. 427. — v. Kreittmayr, Anmerkungen II. 6. 24. Nr. 3.

31) Carpzov, jurispr. romano-saxon. II. 27. def. 3. — Mevius, decis. I. 34. — Leyser, meditt. ad pand. Sp. 595. med. 1—4. — v. Kreittmayr,

ein solches Sicherungsmittel überflüssig, der ursprünglichen Natur des Instituts nicht entsprechend und führt leicht zu Gewaltthätigkeiten, wie denn die s. g. Pfandkehrung, wenn das Pfand wieder abgenommen wird, und die Gegenpfändung, eine Nachbildung der Reprotestation, gerade hier vorzugsweise ihren Sitz hatten. Auch nimmt das Ansehen und die Uebung der Pfändung zum Schutz des Besitzes in der Praxis immer mehr ab, und wenn sie auch früher unzweifelhaft eine gemeinrechtliche Gültigkeit hatte[32]), und auch jetzt noch von den Germanisten häufig in diesem Sinne behandelt wird[33]), so ist das für das heutige Recht jedenfalls nur insoweit zuzugeben, als man dem Institut in dieser Anwendung die Kraft einer bedingt subsidiarischen Geltung beilegt.

---

a. a. O. Nr. 2. — S. überhaupt Wilda S. 248—59. Das sächsische Recht legt namentlich Gewicht auf die Pfändung als ein Mittel, die Verjährung zu unterbrechen. Churfächs. Constitut. v. 1572. P. II. Const. 7. — Haubold, Lehrbuch §. 167. S. jedoch Sächs. Gesetzb. §. 488—94.

32) Noch das Preußische Landr. a. a. O. §. 413 ff. ist dieser Auffassung gefolgt; s. Bornemann, systemat. Darstellung I. S. 204—8. — Wilda S. 255—59. Vgl. v. Kamptz a. a. O. §. 78. Note 6.

33) Eichhorn, Einleitung §. 123. — Phillips, Grundsätze I. §. 64. Nr. 3. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 194. Note 2 und 5. — Reyscher, württemb. Privatrecht I. §. 139. Note 12. — Schwankend äußert sich Mittermaier, Grundsätze I. §. 152. Note 13., indem er auf Wilda und Maurenbrecher verweist, die aber nicht übereinstimmen.

Zweites Buch.

Das allgemeine bürgerliche Recht.

Erster Abschnitt.

Das Personenrecht.

Erstes Kapitel.

Die einzelnen Menschen als Personen.

§. 56.

I. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit.

Person im juristischen Sinne bezeichnet im Allgemeinen Alles, was Subject von Rechten ist. Eine Persönlichkeit hat nun vor Allem der einzelne Mensch, und zwar nach deutschem Recht ohne Ausnahme, da wir weder Sklaven kennen, welche in rechtlicher Beziehung nur als Sachen gelten, noch die alte Friedlosigkeit beibehalten oder auch nur in verwandten Instituten wiederholt haben[1]). Doch steht die Persönlichkeit nicht ausschließlich den einzelnen Menschen zu; sie kann auch mit etwas Anderem verknüpft sein, wodurch der Begriff der juristischen Person im Gegensatz zu der natürlichen gebildet wird. Nur von der letzteren ist hier zunächst die Rede.

Einer jeden Person kommt also schon ihrem Begriff nach die Rechtsfähigkeit zu, worunter im Allgemeinen die Befähigung verstanden wird, Rechte zu haben und zu erwerben. Doch kann diese allerdings von verschiedenem Umfange sein, indem bald eine Classe von Personen überhaupt nicht befugt ist, gewisse Rechte zu erwerben, was z. B. bei den Weibern

[1]) Oesterr. Gesetzb. §. 16. „Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte und ist daher als eine Person zu betrachten. Sclaverey oder Leibeigenschaft und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht wird in diesen Ländern nicht gestattet. §. 17. Was den angebornen natürlichen Rechten angemessen ist, dieses wird so lange als bestehend angenommen, als die gesetzmäßige Beschränkung dieser Rechte nicht bewiesen wird. §. 18. Jedermann ist unter den von den Gesetzen vorgeschriebenen Bedingungen fähig, Rechte zu erwerben." — Der bürgerliche Tod als peinliche Strafe kommt in Deutschland nicht mehr vor.

hinsichtlich der rein politischen Rechte der Fall ist, bald aber wegen der Beschaffenheit der Rechte eine besondere Qualification für deren Erwerb gefordert wird, wie bei den Standesrechten. Auch darf mit der Rechtsfähigkeit die Handlungsfähigkeit nicht verwechselt werden, welche in der Befugniß besteht, an den Rechtsgeschäften selbständig Theil zu nehmen, und einer Person entweder ganz oder theilweise, für immer oder nur vorübergehend entzogen sein kann. Die nachtheiligen Folgen einer solchen Beschränkung in der Handlungsfähigkeit werden jedoch, wenigstens für die privatrechtlichen Beziehungen, regelmäßig wieder aufgehoben durch die Möglichkeit der Stellvertretung, welche entweder als ein für die Dauer geordnetes, regelmäßig wirkendes Institut erscheint, wie die Vormundschaft, oder in besonderen Fällen nach freier Wahl eingerichtet wird. Die Beschränkungen, welche das römische Recht in dieser letztern Beziehung enthält, sind in Deutschland nicht recipirt worden[2]).

Im Folgenden ist nun zuerst von der natürlichen Existenz der Menschen in Beziehung auf diejenigen Momente, welche rechtlich besonders in Betracht kommen, zu handeln, und dann zu untersuchen, was für Einflüsse es sind, welche auf die Rechtsfähigkeit und beziehungsweise auf die Handlungsfähigkeit beschränkend einwirken. Dabei wird aber vorläufig nur auf die Personen als einzelne Rechtssubjecte Rücksicht genommen werden; denn die Beziehungen derselben zu einander in der Familie, dem Privatverkehr u. s. w. bilden den Gegenstand besonderer Rechtslehren, während ihre Stellung in der Corporation der Erörterung des nächstfolgenden Kapitels vorbehalten bleibt.

I. Zur Bezeichnung der Person dient der Name, und zwar in ihrer allgemeinen bürgerlichen Stellung der Familienname. Einen solchen zu führen ist eine im öffentlichen Rechte begründete Pflicht, „indem die Wahl des Familiennamens nicht im Belieben des Einzelnen steht, sondern jeder den Namen der Familie zu führen hat, welcher er — sei es durch Geburt oder durch einen Rechtsakt (Verheirathung, Annahme an Kindesstatt, Legitimation) — angehört[3]).“

a. Der Pflicht der Namensführung entspricht das Recht auf dieselbe. Es liegt hier ein Privatrechtsverhältniß vor, kraft dessen jeder die Befugniß hat, Namen und Zeichen (Adelsprädikat, Wappen) zu führen, welche die äußeren Kennzeichen der Familienangehörigkeit sind, dem Dritten aber die Anmaßung derselben im Civilrechtswege zu verbieten[4]).

[2]) S. v. Savigny, System III. S. 90—98.

[3]) R. G. V. S. 172. Die im römischen Recht l. c. un. C. de mutatione nominis IX. 25. gewährte Befugniß der Namensänderung ist nicht recipirt.

[4]) R. Herman im Archiv für civ. Praxis XXV. S. 153—79. 315—41. — R. G. V. Nr. 45. und über den hohen Adel das. II. 39. — Seuffert, VI. Nr. 6. XVII. Nr. 3. XIX. Nr. 7. Vgl. St. G. B. Art. 360. Nr. 7.

b. Gegen die unbefugte Führung des Namens ist im Allgemeinen jedem Familiengliede, welches ein Interesse, und zwar nicht ausschließlich ein vermögensrechtliches, darthun kann, das Einspruchsrecht zu gewähren. Was insbesondere die unehelichen Kinder betrifft, so folgen diese auch hinsichtlich der Namensführung dem Rechte der Mutter. Zunächst der Vater, dem gegenüber sie familienlos sind, ist befugt, die Beilegung seines Namens zu verbieten[5]).

c. Neben dem Familiennamen kommt der kaufmännische Name (die Firma) in Betracht; darüber s. unter §. 223. und über den Markenschutz §. 216.

II. Ein Recht der Persönlichkeit ist auch das Urheberrecht. Dieses ist aber von so eigenartiger Natur, es greift in so viele Rechtsverhältnisse ein und ist nach den Reichsgesetzen so selbständig geordnet, daß es sich empfiehlt, ihm einen eigenen Abschnitt unter den Spezialrechten zu widmen; s. das. Abschnitt 7.

II. Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit.

§. 57.

Die Geburt.

Der Anfang menschlichen Lebens beginnt mit der Empfängniß; doch wird der Embryo noch nicht als Mensch, sondern nur als Theil der Mutter betrachtet, wenn auch das Strafgesetz ihm schon seinen Schutz angedeihen läßt, und in Fällen, wo es sich um Rechte handelt, welche dem Kinde nach seiner Geburt zustehen sollen, diese zu seinen Gunsten so beurtheilt werden, als wenn sie schon vorher begründet gewesen wären (Nasciturus pro jam nato habetur). Das römische Recht stellt diese Regel, welche besonders für die Statusverhältnisse und das Erbrecht von Wichtigkeit ist, allgemein auf[1]); ähnlich haben neuere Gesetzbücher sie gefaßt[2]), und es ist auch keinem begründeten Zweifel unterworfen, daß

---

[5]) R. G. über die Beurkundung des Personenstandes v. 6. Febr. 1875. §. 17. 22. 25. Vgl. unten §. 57. Note 14. — Die Anerkennung des Kindes (R. G. a. a. O. §. 25.) giebt denselben noch nicht seinen Namen, und es erscheint fraglich, ob die Particularrechte, welche das uneheliche Kind mit Zustimmung des Vaters dessen Namen führen lassen (s. v. Roth, System II. S. 375. Note 2), dem Reichsgesetze gegenüber noch in Geltung sind.

[1]) L. 231. D. de V. S. (50, 16.). Quod dicimus, eum qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius jure quaeritur: aliis autem non prodest nisi natus. cf. L. 7. 26. D. de statu hom. (1, 5.). — v. Savigny, System II. S. 12—16.

[2]) Baier. Landr. Th. I. Cap. 3. §. 2. — „Ungebohrne oder in Mutterleib liegende (Embriones, spes Animantis, Posthumi) werden 3tio für geboren geachtet, wenn es ihr Nutzen also erfordert, und die lebendige Geburt wirklich darauf er=

sie auf eigenthümliche deutsche Verhältnisse ihre Anwendung findet, wie sich namentlich im Adelsrechte näher herausstellen wird. Dritte Personen können aber aus einer solchen zu Gunsten des Embryo bestehenden Fiction für sich keine Ansprüche herleiten.

In rechtlicher Hinsicht ist also der Anfangspunkt menschlicher Persönlichkeit die Geburt, d. h. die vollständige Trennung des Kindes von der Mutter. Hierüber ist noch Folgendes zu bemerken.

a) Das Kind muß lebendig geboren sein, d. h. es muß nach der Trennung von der Mutter noch gelebt haben. Daß es aber irgend ein bestimmtes Lebenszeichen von sich gegeben, wird nicht verlangt[3]), und es scheint auch nach dem älteren deutschen Recht nicht erforderlich gewesen zu sein[4]). Die neueren Gesetzbücher begnügen sich, nach dessen Vorgang die Stimme des Kindes im Allgemeinen als vollbeweisendes Lebenszeichen anzuerkennen[5]), oder sie stellen überhaupt die Vermuthung auf, daß das Kind bei der Geburt gelebt habe, und lassen nur den

---

folgt; man soll auch gegen die Mutter nichts verhängen, was der Leibes-Frucht Schaden bringen kann." — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. §. 10. „Die allgemeinen Rechte der Menschheit gebühren auch den noch ungebornen Kindern, schon von der Zeit ihrer Empfängniß. §. 11. Wer für schon geborne Kinder zu sorgen schuldig ist, der hat gleiche Pflichten in Ansehung der noch in Mutter Leibe befindlichen. §. 12. Bürgerliche Rechte, welche einem noch ungebornen Kinde zukommen würden, wenn es zur Zeit der Empfängniß schon wirklich geboren wäre, bleiben demselben auf den Fall, daß es lebendig zur Welt kommt, vorbehalten." — Oesterr. Gesetzb. §. 22. „Selbst ungeborne Kinder haben von dem Zeitpuncte ihrer Empfängniß an einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze. Insoweit es um ihre und nicht um die Rechte eines Dritten zu thun ist, werden sie als Geborne angesehen; ein todtgebornes Kind aber wird in Rücksicht auf die ihm für den Lebensfall vorbehaltenen Rechte so betrachtet, als wäre es nie empfangen worden."

³) L. 3. C. de posthumis hered. instit. (6, 29.) Vgl. Seuffert. Nr. 124.

⁴) Zwar heißt es im Sächs. Lehenr. Art. 20. §. 1. „Svenne die sone na des vader dode levet also lange dat man sine Stimme gehoren mach in vier wenden des huses, so is he beerft mit sines vader lene, unde hevet it gevernet alle den die it gedinge dar an habben." — Aber verschieden lautet schon die Bestimmung im Sächs. Landr. B. I. Art. 33. — „wirt dat kind levendich geboren, unde hevet de vrowe des getüch an vier mannen de't gehort hebben, unde an twen wiven de ire hulpen to irme arbeide, dat kint behalt des vader erve." Am Schluß des Artikels heißt es weiter: „Wirt it aver to der kerken gebracht openbare, sve it siüt unde hort, de mut sines lives mol getüch wesen." Vgl. L. Alam. tit. 92. — J. Grimm, R. A. S. 75. – Eichhorn, Einleitung §. 334. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 44ª. — Phillips, Grundsätze I. S. 252 ff. — v. Sydow, Darstellung des Erbrechts S. 55—56.

⁵) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 1. §. 13. „Daß ein Kind lebendig zur Welt gekommen sey, ist in dieser Beziehung (s. oben Note 2.) schon für ausgemittelt anzunehmen, wenn unverdächtige, bey der Geburt gegenwärtig gewesene Zeugen, die Stimme desselben deutlich vernommen haben."

Beweis des Gegentheils frei[6]). So angemessen aber es auch sein mag, eine solche Vermuthung gesetzlich festzustellen, so ist sie doch nach gemeinem Recht nicht für begründet zu halten[7]).

b) Früher nahm man an, daß das Kind um rechtsfähig zu sein, eine menschliche Gestalt haben müsse, keine Mißgeburt (monstrum) sein dürfe, was sich am Sichersten nach der Bildung des Kopfes bestimmen lasse[8]). Allein die neueste Arzneiwissenschaft lehrt, daß Leibesfrüchte, welche gar keine menschliche Form und Bildung haben (s. g. Molen oder Mondkälber) keine lebendigen Wesen sind, daß aber die Mißgeburten, welche im Einzelnen von der menschlichen Form und Bildung abweichen, Menschen sind und den wohlgebildeten Geburten in rechtlicher Beziehung völlig gleich stehen[9]).

c) Nach römischem Recht ist Lebensfähigkeit (Vitalität) des Kindes nicht erforderlich, damit es als Person gelte; auch ist die sehr verbreitete entgegenstehende Ansicht wohl hauptsächlich dadurch entstanden, daß man irrthümlich die Zeiträume, welche das römische Recht für die Vermuthung der Vaterschaft aufgestellt hat, auf die Lebensfähigkeit bezog, und zugleich nach Gründen suchte, um die gesetzliche Strafe des Kindermordes zu mildern[10]). Allein nach einer Seite hin hat jene Ansicht doch eine tiefere Begründung. Das ältere deutsche Recht verlangt nämlich für die Erbfähigkeit des Kindes, daß es groß genug, d. h. so aus-

---

6) Baier. Landr. Th. I. Cap. 3. §. 2. „Gebohrne, welche der Rechten theilhaftig werden sollen, müssen 4to in menschlicher Gestalt lebendig zur Welt kommen, in Zweifel aber, ob sie lebendig oder todt gebohren, ist regulariter darauf zu sehen, ob die Geburt vollkommen, von einer gesunden Mutter, und zu rechter Zeit geschehen seye. Bei diesen Umständen wird vermuthet, daß das Kind gelebt habe, sonst aber nicht, so lange das Gegentheil nicht erwiesen ist." — Oesterr. Gesetzb. §. 23. „Im zweifelhaften Falle, ob ein Kind lebendig oder todt geboren worden sey, wird das Erstere vermuthet. Wer das Gegentheil behauptet, muß es beweisen." Vgl. Sächs. Gesetzb. §. 34.

7) Anderer Meinung ist Glück, Pandecten-Commentar II. §. 115., gestützt auf die das. Note 10. citirten Rechtslehrer.

8) arg. L. 44. D. de relig. (11, 7.). Vgl. v. Savigny, System II. 9. 10. und A. Meckel, Lehrbuch der gerichtlichen Medicin §. 298. Doch wurde die eigenmächtige Zerstörung der Mißgeburt, schon des möglichen Irrthums wegen, nicht gestattet; s. Baier. Landr. a. a. O. — Pr. A. L. R. a. a. O. §. 17. Vgl. auch P. G. O. Art. 131.

9) Diese Ansicht ward in einem Berichte des preußischen Medicinal-Departements vertreten, und demgemäß in das preußische Strafgesetzbuch keine Vorschrift über die Tödtung einer Mißgeburt aufgenommen. Vgl. Beseler, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die preuß. Staaten S. 348.

10) v. Vangerow, Leitfaden I. S. 55. 56. — v. Savigny a. a. O. S. 11. 385—417.

getragen sei, um leben zu können[11]). Dies Erforderniß gilt auch jetzt noch, insofern es sich darum handelt, den Abortus von der Geburt bestimmt zu unterscheiden. Andere Gründe der mangelnden Lebensfähigkeit, als die zu frühe Geburt, z. B. schwächliche, fehlerhafte Organisation und dgl. können aber nicht in Anschlag gebracht werden.

d) Der Beweis der Geburt selbst ward früher durch die Kirchenbücher hergestellt, welche von den Geistlichen als Staatsbeamten geführt wurden[12]), und daher als öffentliche Urkunden zu beurtheilen sind[13]). Jetzt gilt allgemein die Eintragung in das Standesregister nach dem, dem preußischen Gesetze vom 9. März 1874 nachgebildeten Reichsgesetze vom 6. Febr. 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung[14]).

I. Die Beurkundung der Geburten, Heirathen und Sterbefälle erfolgt ausschließlich durch die vom Staate bestellten Standesbeamten mittels Eintragung in die dazu bestimmten Register (R. G. §. 1.).

II. Ueber die Standesamtsbezirke und die rechtliche Stellung der Standesbeamten s. das. §. 2—11. Besondere Bestimmungen gelten in folgenden Fällen.

a) Für die Landesherrn und die Mitglieder der landesherrlichen Häuser erfolgt die Ernennung der Standesbeamten und die Ordnung ihrer Geschäftsführung durch landesherrliche Anordnung (§. 72.).

[11]) Sächs. Landr. B. I. Art. 33. heißt es nach den oben Note 4. angeführten Worten: „behalt des vader erve; unde stirft it dar na, it erft up de muder, of sie ime evenbürdich is, unde brict al gedinge an des vader lene, wend' it levede na des vader dode, so werdit de len den herren ledich, of it kint bewist wirt unde gesen also grot, dat it lifhaftich mochte wesen." Vgl. Code civ. art. 906. und die oben Note 4. citirten Schriftsteller. — Gengler, Lehrbuch S. 65. meint, es habe sich nach dieser Stelle nur behufs einer praesumtio vitae um die auch dem Laien mögliche Abmessung der Körpergröße der Leibesfrucht gehandelt. Allein die Worte „also grot, dat it lifhaftich mochte wesen" sind nur in dem oben angegebenen Sinne zu verstehen. Doch räume ich ein, daß für das heutige Recht nur eine beschränkte Folgerung daraus gezogen werden darf. Vgl. überhaupt Waechter de partu vivo non vitali. P. I.—V. Lips 1863—66 und den Auszug von Fitting, Archiv für civ. Pr L. Nr. 1.

[12]) Die Veranlassung zur allgemeinen Einrichtung der Kirchenbücher, welche auch über die Todesfälle in der Gemeinde geführt wurden, gab das Tridentiner Concil; s. Conc. Trident. Sess. XXIV. cap. 1. 2. de reform. matr. und überhaupt Richter, Lehrbuch des Kirchenrechts (7. Aufl.) §. 292.

[13]) Für die Zeit vor Einrichtung der Standesregister haben die Kirchenbücher noch volle Beweiskraft; vgl. überhaupt Leyser, meditt. ad pand. Sp. 95. med. 19. — Cannegiesser, collectio notabil. decis. I. dec. 106. nu. 8. — Berger, oeconom. jur. IV. tit. 24. th. 6. not. 2. — Richter a. a. O.

[14]) Dazu der Commentar von P. Hinschius, 2. Aufl. Berlin 1876. und von H. von Sicherer bei Bezold, die Gesetzgebung des deutschen Reiches, I. 1. (Erlangen 1879.) S. 139—636.

b) Die Beurkundung von Geburten und Sterbefällen auf See geschieht durch den Schiffer, unter Zuziehung von zwei Schiffsoffizieren oder anderen glaubhaften Personen (§. 61—64.).

c) Für deutsche Reichsangehörige im Auslande fungiren die Gesandten und Konsuln des Reichs kraft besonderer durch den Reichskanzler zu ertheilenden Ermächtigung als Standesbeamte[15]).

III. Jeder Standesbeamte hat drei besondere Standesregister über die Geburten, Heirathen und Sterbefälle zu führen (§. 12—14.).

a) Ordnungsmäßig geführte Standesregister und Auszüge aus denselben haben volle Beweiskraft; doch ist der Gegenbeweis der Fälschung, der unrichtigen Eintragung oder der Unrichtigkeit der die Eintragung begründenden Anzeigen und Feststellungen vorbehalten (§. 15.).

b) Eine Berichtigung der Eintragung findet nur auf Grund gerichtlicher Anordnung statt (§. 65. 66.).

IV. Ueber die Beurkundung der Geburten s. §. 17—27.

a) Die Geburt eines Kindes ist innerhalb einer Woche dem Standesbeamten des Bezirkes anzuzeigen (§. 17.).

b) Zur Anzeige verpflichtet ist 1) der eheliche Vater, 2) die bei der Niederkunft zugegen gewesene Hebamme, 3) der dabei zugegen gewesene Arzt, 4) jede andere dabei zugegen gewesene Person, 5) die Mutter, sobald sie dazu im Stande ist. Die Reihenfolge gilt in der Weise, daß die Verpflichtung für die später genannte Person erst dann eintritt, wenn die früher genannte überhaupt fehlt oder verhindert ist, die Anzeige zu machen (§. 17.).

c) Die Anzeige geschieht mündlich oder durch einen aus eigener Wissenschaft unterrichteten Vertreter (§. 18.).

§. 58.

Der Tod.

Das Ende der Rechtsfähigkeit tritt ein mit dem Tode; Verletzungen der Leichname und Gräber und selbst des guten Namens der Verstorbenen können wohl gestraft werden, aber nicht weil ihnen selbst noch ein Recht zusteht, sondern um der Hinterlassenen wegen, und im Interesse der kirchlichen und bürgerlichen Ordnung[1]). Mit dem Tode des Menschen hört seine Rechtssphäre auf, welche er nur dadurch mittelbar sich erweitern kann, daß er durch Verfügungen von Todes wegen noch über

---

[15]) R. G. vom 4. Mai 1870 und vom 6. Febr. 1875. §. 85.

[1]) A. D. Weber, über Injurien und Schmähschriften. Abth. I. S. 29. — Falck, Handbuch des Schleswig-Holst. Privatrechts IV. S. 88.

das Ende seines Lebens hinaus Anordnungen über seinen Nachlaß und für seine Familie trifft.

Der Tod eines Menschen, der einmal gelebt hat, wird nicht vermuthet; wer ihn daher behauptet und Rechte daraus herleiten will, muß ihn beweisen[2]). Dazu dienen jetzt die Standesregister über Todesfälle[3]).

1. Jeder Sterbefall ist spätestens am nächstfolgenden Wochentage dem Standesbeamten anzuzeigen (§. 56.); vor der Eintragung in das Standesregister darf ohne Genehmigung der Ortspolizeibehörde die Beerdigung nicht stattfinden (§. 60.).

2. Zur Anzeige verpflichtet ist das Familienhaupt, und wenn dieses fehlt oder verhindert ist, derjenige, in dessen Wohnung oder Behausung der Sterbefall sich ereignet hat (§. 57.).

Kann der Beweis des Todes nicht erbracht werden, so versteht es sich von selbst, daß auch das in Anspruch genommene Recht nicht geltend gemacht werden kann. Ebenso verhält es sich, wenn es darauf ankommt, den Zeitpunkt, in welchem der Todesfall eingetreten ist, zu beweisen, sei es nun, daß es sich nur von dem Tode eines Einzelnen handelt oder von dem Mehrerer, welche in derselben Lebensgefahr umgekommen sind[4]). Nur dann, wenn Eltern und Kinder in demselben Unglücksfall einen gewaltsamen Tod gefunden haben, wird nach römischem Rechte angenommen, daß das unmündige Kind vor dem Vater oder der Mutter, das mündige dagegen nach ihnen gestorben sei[5]).

---

[2]) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 1. §. 34. „Wer einmal gelebt hat, dessen Tod muß bewiesen werden, wenn über schon erworbene Sachen und Rechte desselben, als eines Verstorbenen, verfügt werden soll." A. M. ist Cropp, juristische Abhandlungen II. Nr. 5. Allein dagegen s. Kraut, die Vormundschaft II. S. 253 ff. und Bruns, im Jahrbuch des gem. Rechts I. S. 169. 193 ff. Die Praxis der Gerichtshöfe, über welche Bruns a. a. O. S. 195—96. die näheren Nachweisungen gegeben hat, ist in dieser Frage schwankend; Seuffert IX. Nr. 254. 310. XII. Nr. 1. XV. Nr. 200. XXXI. Nr. 307. XXXIII. Nr. 190.

[3]) R. G. vom 6. Febr. 1875. §. 56—60.

[4]) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 39. „Wenn zwei oder mehrere Menschen ihr Leben in einem gemeinsamen Unglücke, oder sonst dergestalt zu gleicher Zeit verloren haben, daß nicht ausgemittelt werden kann, welcher zuerst verstorben sei, so soll angenommen werden, daß keiner den Andern überlebt habe." — Oesterr. Gesetzb. §. 25. „Im Zweifel, welche von zwei oder mehreren verstorbenen Personen zuerst mit Tode abgegangen sei, muß derjenige, welcher den früheren Todesfall des Einen oder des Andern behauptet, seine Behauptung beweisen; kann er dieses nicht, so werden Alle als zu gleicher Zeit verstorben vermuthet, und es kann von Uebertragung der Rechte des Einen auf den Andern keine Rede sein."

[5]) Die Ausdehnung, welche Mühlenbruch, (Archiv für civ. Praxis IV. S. 391—417.) dieser Regel gegeben hat, läßt sich nicht rechtfertigen; s. v. Vangerow, Leitfaden I. S. 58. ff. — v. Savigny, System II. S. 20—22.

Es ist indessen ein unverkennbarer Uebelstand, daß Menschen, welche man mit der höchsten Wahrscheinlichkeit und fast mit Gewißheit für gestorben halten darf, in rechtlicher Hinsicht noch für lebend gelten müssen und daß diejenigen Rechtsverhältnisse, welche nach ihrem Tode einer festen Anordnung bedürfen, bis auf unbestimmte Zeit hin in einem unsichern, schwankenden Zustande bleiben. Man hat freilich durch Einführung der Güterpflege für Abwesende wenigstens insofern geholfen, daß für die gehörige Verwaltung ihres Vermögens Sorge getragen, und dabei auch das Interesse der Verwandten berücksichtigt wird; allein theils kommt es hier nicht blos auf das Vermögen an, theils muß doch auch eine solche Verwaltung einmal ihr Ende nehmen und einer definitiven Anordnung weichen. Aus diesen Gründen ist es geschehen, daß sich gewohnheitsrechtlich die Lehre von den Verschollenen und ihrer Todeserklärung ausgebildet hat, welche auch im gemeinen Recht principienmäßig zu bestimmten Instituten befestigt worden ist[6]).

a) Verschollen wird derjenige genannt, welcher längere Zeit von seinem früheren Wohnorte abwesend gewesen ist, ohne Nachricht von sich zu geben, so daß man von seinem Aufenthalt und überhaupt von seinem Dasein nichts mehr weiß[7]). Dieser Zustand der Verschollenheit ist also eine besonders qualificirte Abwesenheit.

b) Das römische Recht enthält über die Lehre von der Verschollenheit keine ausreichenden Bestimmungen. Für die Kriegsgefangenen griff das jus postliminii und die fictio legis Corneliae ein, auch gab es, namentlich für die Wiederverheirathung der Frauen, gesetzliche Fristen; im Allgemeinen aber begnügte man sich wohl, den Tod eines Verschollenen aus der Erwägung der thatsächlichen Umstände zu bestimmen, was bei der

---

Sehr ausführliche Bestimmungen über diese Verhältnisse finden sich Code civ. art. 720—22.

6) Eine ausgezeichnete dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre ist die von Bruns, im Jahrbuch des gem. deutschen Rechts I. Nr. 5. Unter den früheren Bearbeitungen sind hervorzuheben: Pfeiffer, praktische Ausführungen IV. Nr. 11. und Cropp, juristische Abhandlungen II. Nr. 4. 5. — Die neueren Gesetzgebungen haben die Lehre zum Theil sehr selbständig behandelt, so daß sie für das gemeine Recht mit großer Vorsicht zu benutzen sind. S. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 1. §. 35—38. Th. II. Tit. 18. §. 821—55. Vgl. das Gesetz v. 24. Febr. 1851., betreffend die Todeserklärung in See gegangener verschollener Personen. — Oesterr. Gesetzb. §. 24. 277. 278. — Sächs. Gesetzbuch §. 37—44. — Code civ. art. 120—40. — Das neueste umfassende Gesetz über diesen Gegenstand ist wohl das großherzoglich Oldenburgische vom $\frac{\text{16. Febr.}}{\text{5. März}}$ 1844, abgedruckt im Archiv für die Praxis des oldenburg. Rechts. Bd. II. S. 115—28.

7) So glaube ich den Begriff fassen zu müssen, ohne, wie Mittermaier, Grundsätze I. §. 147. es thut, die Wahrscheinlichkeit des erfolgten Todes hinein zu legen; vgl. Pfeiffer a. a. O. §. 1.

freien Stellung des römischen Richters in der Abwägung der Beweise ausreichte[8]). Auch im älteren deutschen Rechte scheint es sich ähnlich verhalten, und ein Bedürfniß zu einer genaueren Feststellung der Lehre sich erst dann fühlbar gemacht zu haben, als die neuere formalistische Beweistheorie mit ihren festen Beweisregeln ausgebildet ward. Zur Aushülfe griff man nun zu Präsumtionen, und so entwickelte sich gewohnheitsrechtlich die Regel, daß der Verschollene für todt zu halten sei, wenn er die höchste Stufe des menschlichen Lebensalters erreicht habe. Anfangs bestimmte man dies nach den Umständen, oder nahm das hundertste Lebensjahr als das Todesjahr an; seit der Mitte des 17. Jahrhunderts ward es aber ein Satz des gemeinen Rechts, daß das vollendete siebenzigste Lebensjahr die Vermuthung des Todes begründe[9]).

c) Das Unsichere und Schwankende, welches einem nur durch eine Vermuthung festgestellten Rechtszustande anhangen muß, führte dahin, dieselbe noch durch ein weiteres Sicherungsmittel zu bestärken, wozu man sich der auch sonst so wirksamen Edictalladung bediente[10]). Daraus hat sich im modernen Juristenrechte das jetzt geltende Rechtsinstitut gebildet, dessen Princip so gefaßt werden kann: Wenn der Verschollene das siebenzigste Lebensjahr vollendet, und sich auf eine Edictalladung, welche auf Anforderung der Betheiligten unter Androhung der Todeserklärung gegen ihn erlassen worden, nicht angemeldet hat, so wird sein Tod als rechtlich bewiesen angenommen und decretirt. — Diese drei Erfordernisse: Verschollenheit, Vollendung des siebenzigsten Lebensjahres und richterliches Decret müssen nach gemeinem Recht zusammentreffen, um die Vermuthung des Todes zur juristischen Gewißheit zu erheben. Wenn daher das eine oder das andere Erforderniß fehlt, so können nur vorläufige Maaßregeln getroffen werden, unter denen die Anordnung einer Vormundschaft be-

---

[8]) S. Bruns a. a. O. S. 92–122.

[9]) Die Veranlassung gab Psalm XC. v. 10. „Unser Leben währet siebenzig Jahr, und wenn's hoch kommt, so sind's achtzig Jahr." — Auf diese Stelle ist schon, wenn auch in einem andern Sinne, Bezug genommen Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 47. Wegen der jetzt herrschenden Ansicht vgl. überhaupt Heise und Cropp, jur. Abhandlungen II. S. 118. Note 5. — Pfeiffer, prakt. Ausf. IV. S. 365. Note 10. — v. Savigny, System II. S. 18. und vor Allen Bruns a. a. O. S. 122 ff. 174 ff.

[10]) S. oben §. 54. VI. und Haase, über Edictalladungen, Abth. II. Cap. 10. — Bruns S. 179 ff. — Buchka und Budde, Entscheidungen II. Nr. 17. — Das erste Gesetz, welches die Edictalladung auf diesen Fall anwandte, ist das Preußische Edict v. 23. October 1763. (Nov. Corp. constitt. March. III. p. 316.) Vgl. auch das Chursächs. Mandat v. 18. Nov. 1779, die Verkürzung der cura absentium und deren Vermögens-Administration betreffend, bei Schaffrath, Cod. Saxon. I. p. 1075.

sonders hervorzuheben ist[11]). — Ist jemand erst nach seinem siebenzigsten Lebensjahre verschollen, so muß man, wie mir scheint, mit Rücksicht auf die Worte des Psalms, welche auf die Ausbildung der Lehre von so großem Einfluß geworden sind, annehmen, daß er bis zum vollendeten achtzigsten Jahre gelebt habe. Wenn er aber erst nach diesem verschollen ist, so möchte es sich rechtfertigen lassen, auf die ältere Ansicht von dem hundertjährigen Alter zurückzukommen[12]).

d) Obgleich die Todeserklärung erst später erfolgt, so wird doch dadurch an der Vermuthung, daß der Verschollene vor dem Antritt des einundsiebenzigsten Lebensjahres gestorben sei, nichts geändert. Das richterliche Decret ist nur declaratorisch. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde alles Gewicht auf die Edictalladung fallen, welche doch, wie gezeigt, nur bestärkend hinzugekommen ist, auch würde die Zeit des Todes sich nach dem zufälligen Antrage der Betheiligten richten[13]).

e) Wenn die Todeserklärung erfolgt ist, so treten nach der Consequenz des Princips alle Wirkungen ein, welche sonst mit dem natürlichen Tode verbunden sind: das Vermögen des Verschollenen wird Nachlaß und die Erbfolge darein eröffnet, die Ehe desselben aufgehoben, die Wittwenversorgung, die Lebensversicherung wird fällig[14]).

f) Mit der Annahme, daß der Verschollene das siebenzigste Jahr nicht überlebt habe, ist noch nicht bestimmt, an welchem Tage er gestorben, und daß dies gerade am letzten Tage des siebenzigsten Jahres geschehen sei. Es hat sich indessen in neuerer Zeit die feste Regel als

---

11) S. unten §. 135. Die Sache wird freilich nicht immer so streng genommen, und namentlich hat man es unbedenklich finden wollen, daß der Richter in Fällen, wo der Tod schon vor dem Ablauf des siebenzigsten Lebensjahres höchst wahrscheinlich ist, sofort zur Edictalladung und demnächst zur Todeserklärung schreite; s. Pfeiffer a. a. O. S. 366. Note c. — Seuffert VII. Nr. 356. — Aber nach gemeinem Recht ist dies unzulässig, während die Particularrechte die Frist für die Todeserklärung überhaupt oder doch im Fall der Kriegs- oder Seegefahr vielfach abgekürzt haben.

12) Andere Ansichten s. bei Glück, Pandecten-Commentar VII. S. 494—95. — Bruns a. a. O. S. 186. 201.

13) Haase a. a. O. S. 119. Note 47. — Heise und Cropp a. a. O. S. 139. — Pfeiffer a. a. O. S. 371—72. — v. Savigny, System II. S. 19. — Bruns a. a. O. S. 198—200., wo auch die entgegengesetzte, zuerst von Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen I. S. 342. vertretene Ansicht widerlegt wird. Ihr folgt noch das Erk. bei Seuffert XXII. Nr. 8.; s. dagegen das Erk. des O. A. Gerichts zu Lübeck das. XXV. Nr. 5.

14) Zur Auflösung der Ehe wird freilich meistens noch ein besonderer Desertionsproceß gefordert, s. Mittermaier, Grundsätze I. §. 147. Note 20.; nach dem Oesterr. Gesetzb. §. 112—14. ist hier ein besonderes Verfahren vorgeschrieben, welches das Sächs. Gesetzb. §. 1708. wesentlich abgekürzt hat.

Theil des ganzen Rechtsinstituts gebildet, daß die Erbfolge in den Nachlaß des Verschollenen nach diesem bestimmten Zeitpunkte eröffnet werde (successio ex nunc)[15]). Soll diese Regel nicht als etwas durchaus Anomalisches gelten, wofür man sie doch nicht halten darf, so muß allgemein angenommen werden, daß der letzte Tag des siebenzigsten Lebensjahres der fingirte Todestag ist. Erst dann erscheint auch die aus dem Eintritt des höchsten Lebensalters hergeleitete Vermuthung als begründet.

g) Kehrt der Verschollene zurück, nachdem er für todt erklärt worden, so kann er nach gemeinem Rechte die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand fordern, soweit die Lage der Verhältnisse sie überhaupt gestattet[16]).

§. 59.

III. Geschlecht. Alter. Gesundheit.

Die Beschränkungen, denen einzelne Menschen wegen gewisser natürlicher Eigenschaften unterworfen sind, beziehen sich theils auf die Rechtsfähigkeit, theis auf die Handlungsfähigkeit. Doch kommt für das Privatrecht vorzugsweise die Beschränkung der letzteren in Betracht, während die der Rechtsfähigkeit mehr für das öffentliche Recht von Bedeutung ist.

I. Das Geschlecht. Die Geschlechter stehen im Allgemeinen einander gleich, so daß eine rechtliche Verschiedenheit als Ausnahme von der Regel besonders begründet sein muß[1]); nur hinsichtlich der publicistischen Verhältnisse, bei denen es sich um die Ausübung politischer Rechte handelt, findet das Gegentheil statt. Im älteren deutschen Recht war freilich bei aller den Weibern gezollten Verehrung ihre Lage auch in privatrechtlicher Beziehung weniger günstig, wie namentlich ihr beschränktes Erbrecht und die Geschlechtsvormundschaft ergeben[2]); auch haben sich davon im heutigen Rechte wichtige Folgen, zumal im Adels- und Bauernrecht erhalten. Selbst die s. g. weiblichen Bürgschaftsgerechtsame erscheinen als eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit, wenn sie auch, so wie die mildere Beurtheilung der Weiber bei dem Rechts-

---

15) Glück, Pandecten-Commentar VII. S. 496 ff. — Haase a. a. O. S. 132 ff. — Heise und Cropp a. a. O. S. 115 ff. — Pfeiffer a. a. O. S. 368—71. — Bruns a. a. O. S. 160 ff.

16) Mittermaier a. a. O. Note 29. 30. — Bruns S. 187.

1) Baier. Landr. Th. I. Cap. 3. §. 2. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 1. §. 24. Vgl. Falck, Handbuch des Schleswig-Holst. Privatrechts IV. S. 92—96.

2) S. J. Grimm, deutsche Rechtsalterth. S. 403—10. und besonders Ed. Laboulaye, recherches sur la condition civile et politique des femmes depuis les Romains jusqu'à nos jours. Paris 1843. — K. Weinhold, die deutschen Frauen in dem Mittelalter. Wien 1851. 2. Aufl. 2 Bde. 1882.

irrthume, zu deren Gunsten eingeführt sind: sie kommen daher auch für die Kauf- oder Handelsfrau und die Gewerbsfrau in ihren Berufsgeschäften nicht zur Anwendung.

Das Nähere über den rechtlichen Unterschied der Geschlechter ist für die Darstellung der einzelnen Rechtsinstitute vorzubehalten, und schließlich nur noch zu bemerken, daß Zwitter, bei denen eine gleiche Mischung der Geschlechter stattfinden soll, nicht vorkommen und auch nach gemeinem Recht nicht als vorhanden angenommen werden. Stets überwiegt Ein Geschlecht und dieses entscheidet [3]).

II. Das Alter. Das Alter eines Menschen kann auf verschiedene Weise für seine rechtlichen Verhältnisse von Wichtigkeit sein; namentlich im Rechte des Adels- und Bauernstandes werden mit dem höheren oder geringeren Alter der einzelnen Familienglieder wichtige Vorzüge verknüpft, so daß es selbst bei Zwillingen nothwendig wird zu bestimmen, wer zuerst geboren worden [4]). Für das allgemeine bürgerliche Recht kommt vor Allem der Einfluß des jugendlichen Alters auf die Handlungsfähigkeit in Betracht, wecher sich besonders für solche Kinder geltend macht, die sich nicht in der väterlichen Gewalt befinden, indem deswegen die Bestellung der Vormundschaft nöthig wird.

Bei den Deutschen ward das Alter, mit welchem die vollständige Handlungsfähigkeit eintrat [5]), schon früh näch einer bestimmten Zeit festgestellt, und zwar ursprünglich mit dem vollendeten zehnten oder zwölften Jahre [6]). Doch fand man diese Frist später zu kurz, und erweiterte sie meistens dahin, daß man sie um die halbe oder um die ganze Zahl der Jahre erhöhte, woher sich die Fristen der Unmündigkeit von 15, 18, 20 und 24 Jahren erklären. Andere Rechte und namentlich das sächsische halfen sich aber dadurch, daß sie den ursprünglichen Mündigkeitstermin bestehen ließen, dagegen noch eine zweite Periode, welche sich regelmäßig bis zum vollendeten einundzwanzigsten Jahre erstreckte, an-

---

[3]) L. 10. D. de statu hom. (1, 5.) Vgl. Thibaut, System I. §. 140. — Particularrechtliche Bestimmungen enthalten Baier. Landr. Th. I. Cap. 3. §. 2. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 1. §. 19—23. — Ueber Altvile im Sächs. Landr. B. I. Art. 4. s. J. Grimm R. A. S. 409. und Homeyer im Glossar s. v. Altvil.

[4]) Im Zweifel muß darüber das Loos entscheiden; s. Pr. A. L. R. a. a. O. §. 14—16. — Glück, Pandecten-Commentar II. §. 115. a. E.

[5]) Ueber diese Lehre findet sich eine ausführliche und genaue Untersuchung bei Kraut, die Vormundschaft I. S. 110—65.

[6]) Ersteres bei den Angelsachsen (s. Hlothar's und Eadrik's Gesetze Cap. 6. bei R. Schmidt S. 12.), Letzteres, wenigstens soweit die geschriebenen Rechtsquellen reichen, bei den meisten andern Volksstämmen; s. L. Sal. (Behrend) tit. 24, 5. — L. L. Rotharis cap. 155 u. s. w.

nahmen, während deren ein Vormund nicht nothwendig war, aber doch herbeigezogen werden konnte. Das nannte man zum Unterschied von den vogtbaren Jahren zu seinen Tagen kommen[7]). Doch hörte diese Unterscheidung bald auf, indem auch nach diesen Rechten die Unmündigkeit später bis zu dem letzteren Termine ausgedehnt[8]), und nur für das Lehenrecht der ältere beibehalten ward, der sich hier aber früher schon auf das Alter von 13 Jahren und 6 Wochen erweitert hatte[9]).

In dieser Lage befand sich das deutsche Recht, als das römische recipirt ward; doch hatte man schon früher die Unterscheidung der Unmündigkeit und Minderjährigkeit in Deutschland nachgebildet[10]), ohne daß bei der modernen Entwickelung der Vormundschaftslehre damit irgend eine andere nachhaltige Wirkung verbunden worden wäre, als die Hinausschiebung der Großjährigkeit bis zum vollendeten fünfundzwanzigsten Jahre[11]). Daneben erhielten sich aber die älteren Termine, namentlich für den hohen Adel regelmäßig das vollendete achtzehnte Jahr[12]), nach Sachsenrecht das vollendete einundzwanzigste Jahr[13]), welches einige neuere Gesetzgebungen angenommen haben[14]) und gegenwärtig in Deutschland allgemein als Großjährigkeitstermin gilt[15]).

Außer diesen allgemeinen Terminen, welche jedoch durch die Ertheilung der Großjährigkeit (venia aetatis, Jahrgebung) abgekürzt werden können, kommen noch für besondere Verhältnisse abweichende Fristbestim-

---

7) Sächs. Landr. B. I. Art. 42. — Sächs. Lehenr. Art. 26. — Homeyer, in den Berliner Jahrbüchern für wissensch. Kritik. 1827. S. 1316—18. — Kraut, a. a. O. S. 19 ff. 144 ff. — Rive, Geschichte der Vormundschaft I. S. 73.

8) S. Glosse zum Sächs. Landrecht I. 42, 2. — Kraut a. a. O. S. 148 ff.

9) Kraut a. a. O. S. 141 ff. 149.

10) Lüb. Recht v. 1240. Art. 204. 205. — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 54.

11) Daher werden die Ausdrücke: Mündigkeit und Großjährigkeit, Unmündigkeit und Minderjährigkeit jetzt gewöhnlich als gleichbedeutend gebraucht. Vgl. unten §. 133.

12) Für die churfürstlichen Häuser bestimmt dies schon Aur. Bulla cap. VII. §. 4. Vgl. Zachariä, deutsches Staats- und Bundesrecht I. §. 79.

13) Haubold, Lehrbuch §. 52. — Sächs. Gesetzbuch §. 47.

14) Baier. Landr. Th. I. Cap. 7. §. 36. — Schleswig-Holst. V. O. v. 24. Oct. 1837. — Code civ. art. 388. — Auch das Preuß. Gesetz v. 9. Dec. 1869. hat für den ganzen Umfang der Monarchie das vollendete 21. Lebensjahr als Großjährigkeitstermin festgestellt; früher galt in Preußen wie in Oesterreich das 24. Lebensjahr, s. Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 18. §. 696. — Oesterr. Gesetzb. §. 21. Vgl. im Allgemeinen Kraut a. a. O. S. 156 ff.

15) Reichsgesetz betreffend das Alter der Großjährigkeit vom 17. Febr. 1875. Nur für die Mitglieder der landesherrlichen Häuser werden in §. 2. die abweichenden hausverfassungsmäßigen und landesgesetzlichen Bestimmungen aufrecht erhalten.

mungen vor, indem bald ein höheres bald ein niedrigeres Alter als das der Großjährigkeit verlangt wird. Ersteres pflegt der Fall zu sein, wenn es sich um die Ausübung wichtiger politischer Rechte, namentlich um die Wählbarkeit zu landständischen Versammlungen, handelt; Letzteres aber hinsichtlich der vollen Zurechnungsfähigkeit wegen begangener Verbrechen[16]), der Fähigkeit, eine Ehe einzugehen und der s. g. Eidesmündigkeit. Diese pflegt mit der Confirmation einzutreten, während sich bei den andern Verhältnissen regelmäßig der Anfangspunkt der römischen Pubertät geltend gemacht hat[17]).

Das Weitere über das Recht der Minderjährigen ist im Familienrecht bei der Vormundschaftslehre abzuhandeln, und nur im Allgemeinen zu bemerken, daß die Regeln des römischen Rechts über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch jetzt noch die gemeinrechtlichen sind, wenn sie auch bei der heutigen Einrichtung des Vormundschaftswesens kaum gerechtfertigt erscheinen und im Rechtsleben thatsächlich von geringer Bedeutung sind. Es wird selten darauf Bezug genommen, und die Volksansicht hält die Rechtsgeschäfte durch die Betheiligung des Vormundes und die Zustimmung der vormundschaftlichen Behörden für vollkommen gesichert. Neuere Gesetzgebungen haben daher auch das römische Princip verlassen[18]).

Eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit wegen hohen Alters findet nicht statt[19]); dasselbe giebt nur einen Grund zur Entschuldigung von

---

16) Strafgesetzbuch §. 55—57.

17) Das canonische Recht hat dies namentlich für die Fähigkeit, eine Ehe einzugehen, ausdrücklich bestimmt; s. Tit. X. de despons. impub. (4, 2.). Für Deutschland paßt diese Vorschrift freilich nicht, und entspricht auch nicht unserer Volkssitte; diese macht es aber geradezu unmöglich, mit v. Savigny, System III. S. 82. die römische Regel, daß Kinder über sieben Jahre gültig Sponsalien schließen können, als praktisches Recht anzusehen. Vgl. Reichsgesetz vom 6. Febr. 1875. §. 28. — Nach Particularrechten kommen hier übrigens noch manche Punkte in Betracht, z. B. der Anfang des Militärdienstes, der Testamentsmündigkeit. Vgl. Falck, Handbuch des Schleswig-Holst. Privatrechts IV. S. 103—8.

18) Oesterr. Gesetzb. §. 1450. „Die bürgerlichen Gesetze, nach welchen widerrechtliche Handlungen und Geschäfte, wenn die Verjährung nicht im Wege steht, unmittelbar bestritten werden können, gestatten keine Einsetzung in den vorigen Stand. Die zum gerichtlichen Verfahren gehörigen Fälle der Einsetzung in den vorigen Stand, sind in der Gerichtsordnung bestimmt.“ Vgl. die vortreffliche Erörterung dieses §. bei v. Zeiller, Commentar V. S. 185 ff. und über das preußische Recht Dernburg, Vormundschaftsrechte. S. 151—153.

19) Das ältere sächsische Recht stellte diejenigen, welche das sechzigste Lebensjahr überschritten hatten (die über ihre Tage gekommen waren), denen gleich, welche noch nicht zu ihren Tagen gekommen: sie konnten sich unbeschadet ihres Rechts einen Vormund nehmen; s. oben Note 7. Das Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 47. scheint diese Bestimmung ganz mißverstanden zu haben; s. oben §. 58. Note 9.

öffentlichen Aemtern und bei Staatsdienern einen Anspruch auf Pensionirung. Doch lassen sich darüber keine gemeinrechtlichen Regeln aufstellen. Im Bauernstande kommt aber hier noch besonders das Institut der Gutsabtretung gegen einen Altentheil in Betracht.

III. Die Gesundheit. Das ältere deutsche Recht legte großes Gewicht auf die volle körperliche Rüstigkeit, so daß Verfügungen auf dem Todtenbette ungültig waren[20]), und krüppelhafte Personen gar kein und solche, welche verstümmelt zur Welt gekommen, nur ein beschränktes Erbrecht hatten[21]). Von diesen Ansichten hat sich im gemeinen Civilrecht nichts mehr erhalten[22]). Desto wichtiger ist die Lehre von den wahnsinnigen und blödsinnigen Personen, denen in Beziehung auf das Recht der Verfügung über ihr Vermögen die Verschwender gleichgestellt werden können[23]).

IV. Von der bürgerlichen Ehre und deren Verlust oder Verminderung.

§. 60.

Im Allgemeinen.

Wie wünschenswerth es auch erscheinen mag, daß der Staat nicht allein das strenge Rechtsgesetz, sondern auch das Sittengesetz verwirkliche, so kann dies doch nur mittelbar und annäherungsweise geschehen. Die sittliche Würde des einzelnen Menschen namentlich und die Achtung, welche ihm seine Mitbürger zollen, liegen außer dem Bereiche der Staatsgewalt; sie kann jene nicht in Anschlag bringen, wenn es sich um äußere Verhältnisse und deren rechtliche Normirung handelt, und vermag auch

---

20) Sächs. Landr. B. I. Art. 52. §. 2. — Beseler, Lehre von den Erbverträgen I. S. 1. und 2. — Phillips, Grundsätze I. S. 256 ff.

21) Sächs. Landr. B. I. Art. 4. „Uppe altvile und uppe dverge ne irstirft weder len noch erve, noch uppe kropelkint. Sve denne de erven sint unde ire nesten mage, de solen se halden in irer plage. — Wirt ok ein kint geboren stum oder handelos oder votelos oder blint, dat is wol erve to lantrechte unde nicht len erve. Hevet aver he len untvangen, er he wurde alsüs: dat verluset he daremede nicht. — De meselseke man ne untveit weder len noch erve. Hevet he't aver untvangen er der süke, he behalt it unde erft it als ein ander man."

22) Das zuerst genannte Princip ist noch in Statutarrechten wirksam; s. Lüb. Recht B. I. Tit. 10. Art. 3. B. III. Tit. I. Art. 3. — Die beschränkte Erbfähigkeit namentlich der Blinden ist bei der Lehen- und Staatssuccession zu erörtern; s. Tabor, in der Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 258 ff.

23) Sächs. Landr. B. III. Art. 3. — „Over rechten doren unde over sinnelose man sal man ok nicht richten; swenne sie aber scaden, ihre vormunde sal it gelden." — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 314. — Altes Lüb. Recht (Hach cod. II.) Art. 102. Vgl. Kraut, Vormundschaft II. S. 191—217. — Reyscher, Zeitschr. für deutsches Recht XIII. Nr. 9.

die öffentliche Meinung nicht nach ihrem Ermessen zu bestimmen. So lange daher jemand in seinen äußeren Handlungen keinem Strafgesetz entgegentritt, wird er über die Motive, welche ihn geleitet haben, keine Rechenschaft zu geben brauchen, und selbst das formelle Unrecht wird durch die erlittene Strafe gesühnt. Die Rechtsfähigkeit ist bedingt durch die allgemeinen gesetzlichen Erfordernisse, aber nicht durch den persönlichen Werth des Einzelnen.

Doch haben diese Gegensätze keine ganz ausschließliche Geltung. Wer durch schlechte Handlungen und eine verächtliche Lebensweise die Achtung seiner Mitbürger verscherzt hat, der wird auch in seinen socialen Verhältnissen die nachtheiligen Folgen davon verspüren, und in allen Beziehungen, wo es sich nicht blos um das Mein und Dein des strengen Privatrechts handelt, eine ihm feindliche Macht wirksam finden, welche ihm freilich nicht formell die Rechtsfähigkeit zu entziehen oder auch nur zu mindern vermag, aber es doch dahin bringt, daß sie sich nur in beschränkter Weise und da, wo ein gewisses Vertrauen zur Anknüpfung rechtlicher Verhältnisse nothwendig ist, vielleicht gar nicht geltend machen kann. Es ist die Autonomie der öffentlichen Meinung, welche den Einzelnen seinen Abfall vom sittlich nationalen Rechtsgefühl empfinden läßt. Die Staatsgewalt darf sich nun freilich einer solchen gemüthlichen Regung nicht hingeben; ja sie muß sogar, wenn dieselbe das ihr gebührende Maaß überschreitet, und formell die Rechtssphäre des Bescholtenen verletzt, dessen Schutz und Sicherung übernehmen. Aber sie darf sich doch auch gegen die Volksmeinung nicht gleichgültig verhalten; sie ist vielmehr verpflichtet, dasjenige, was darin instinctiv wirksam ist, vom Standpunkte des Gesetzgebers zu prüfen, und insofern es Anerkennung verdient, zum festen, begriffsmäßig bestimmten Rechtsprincip zu erheben, um dasselbe in seiner allgemeinen Geltung und namentlich in Beziehung auf die öffentlichen Verhältnisse zur Vollziehung zu bringen. Das Gesetz muß auch in diesem Fall der Ausspruch des geläuterten Volkswillens sein[1]). Das ist aber nicht so gemeint, daß von Staatswegen nur in den Fällen, wo es auf die persönliche Werthschätzung des Einzelnen besonders ankommt, diese nicht außer Acht gelassen werden darf. Bei der Prüfung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen oder bei der Uebertragung eines öffentlichen Amtes, zu welchem ein besonderes Vertrauen erforderlich ist, wird sich regelmäßig derselbe Einfluß, der die öffentliche Meinung

---

[1]) Vgl. Hübner, über Ehre S. 24 ff. — Falck, Handbuch des Schleswig-Holst. Privatrechts IV. S. 264 ff. — Hübner vergleicht das Verhältniß von bürgerlicher Ehre und gutem Ruf geistreich mit dem der agnatio und cognatio des römischen Rechts.

überhaupt bestimmt, auch auf die Entschließung derjenigen, welche hier gerade zu entscheiden haben, von selbst geltend machen. Man darf vielmehr noch weiter gehen und falls sich nicht im Volksrecht schon feste Rechtsregeln gebildet haben, der Gesetzgebung die Aufgabe vindiciren, sowohl die Fälle, in denen die öffentliche Verachtung eine rechtliche Wirkung haben soll, welche über die socialen Beziehungen hinaus reicht, nach festen Kategorien zu bestimmen, als auch diese Wirkungen selbst genau anzugeben.

An einer solchen Gesetzgebung fehlte es bisher in Deutschland; erst das Reichsstrafgesetzbuch hat diese Aufgabe für das gemeine Recht gelöst. Bevor aber die Lehre, soweit sie hier in Betracht kommt, nach dessen Bestimmungen dargestellt werden kann, bedarf es zu ihrer richtigen Würdigung einer Betrachtung der früheren Rechtszustände.

§. 61.

Geschichtliche Einleitung*).

Im älteren deutschen Recht finden sich mehrere Institute, welche darthun, wie Verbrechen, verächtliche Lebensweise, ja selbst äußere, unverschuldete Umstände die Rechtsfähigkeit aufheben oder vermindern konnten. Sie weichen aber ihrem Princip nach unter einander ab, und haben auch in den verschiedenen Zeiten nicht immer dieselbe Wirkung gehabt.

I. Die Friedlosigkeit.

In den germanischen Rechtsquellen kommen zwei Begriffe vor, welche unter einander nahe verwandt, ja beinahe gleichbedeutend, doch wieder ihren besonderen Sinn haben: Frieden und Recht. Unter dem Ersteren wird der Zustand der Ordnung und Sicherheit verstanden, der die Gesammtheit umfaßt, und dadurch auch dem Einzelnen zu Theil wird; das Recht, im subjectiven Sinn genommen, bezieht sich zunächst auf den Einzelnen, aber in seiner Stellung zur Gesammtheit, so daß die isolirte Be-

---

*) Die wichtigsten Monographien über diese Lehre sind: Ch. G. Hübner, über Ehre, Ehrlosigkeit, Ehrenstrafen und Injurien. Leipzig 1800. — Th. Marezoll, über die bürgerliche Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung. Gießen 1824. — J. F. Budde, über Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit und Echtlosigkeit. Bonn 1842. — J. Hillebrand, über die gänzliche und theilweise Entziehung der bürgerlichen Ehre nach den deutschen Rechtsbüchern des Mittelalters. Gießen 1844. — Außerdem finden sich selbständige Darstellungen bei Eichhorn, Einleitung §. 83—90. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 100—104. — Phillips, Grundsätze I. §. 35—39. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 146—52. — Reyscher, württemb. Privatrecht I. §. 179—85. — Stobbe, Handbuch I. §. 47. 48. u. A. — Sehr zahlreiche Quellenzeugnisse sind abgedruckt bei Ortloff, Grundzüge S. 166—67. 197—207. — Kraut, Grundriß §. 49—51.

fugniß in dieser Bedeutung nicht darunter befaßt wird[1]). Wer nun außer dem Frieden gesetzt ward, der verlor sein Recht, und zwar im weitesten Sinn, seine Rechtsfähigkeit, — er ward schutzlos, vogelfrei. Diese Friedlosigkeit, auch Echtlosigkeit (von ewa, Ehe, Gesetz) genannt, trat nur ein als eine Folge der Reichs-Oberacht und wegen Verbrechen, die einen besonders qualificirten Friedensbruch enthielten[2]).

II. Die Rechtlosigkeit.

Es konnte darunter auch die Friedlosigkeit verstanden werden; doch ist dies nicht der technische Begriff, wie er namentlich im Sachsenspiegel ausgebildet worden[3]). Vielmehr ist unter Rechtlosigkeit der Mangel oder Verlust gewisser politischer Rechte zu verstehen, namentlich insofern sie sich auf das Gerichtswesen beziehen. Der Rechtlose kann also nicht Richter, Schöffe, Fürsprech oder Zeuge sein und keinen gerichtlichen Eid schwören[4]); aber er kann auch nicht Vormund sein und keinen Vormund haben[5]), er ist nicht lehenfähig[6]) und auch Buße und Wehrgeld fehlen ihm ganz oder doch größtentheils[7]). Es sind also die politischen Freiheitsrechte, welche dem Rechtlosen entzogen sind; nur insoweit auch Unfreie nach ihrem Hofrechte ähnliche Befugnisse haben konnten, ließ sich der Begriff der Rechtlosigkeit auch auf sie anwenden[8]). Als Verlust der Standesrechte ist dieselbe aber nicht aufzufassen[9]), wie denn überhaupt der Sachsenspiegel die gemeine Freiheit der Schöffenbaren im Wesentlichen noch als den Kern des Landrechts behandelt.

---

1) Wilda, das Strafrecht der Germanen S. 225 ff. 262. 268—69.

2) Wilda a. a. O. S. 284—304. — Budde, über Rechtlosigkeit S. 106—15.

3) Ueber Sächs. Landr. B. I. Art. 38. §. 2. s. Budde a. a. O. S. 76 ff. Andere Rechtsquellen und selbst die Reichsgesetze sind nicht so präcis im Ausdrucke.

4) Capit. ai. 809. cap. 1. (Pertz, L. L. I. p. 155.) — Sächs. Landr. B. I. Art. 39. 61. §. 4. B. II. Art. 12. §. 3. 4. B. III. Art. 65. §. 1. Art. 70. §. 1. — Budde sucht freilich a. a. O. S. 66—73. darzuthun, daß der Verlust des Reinigungseides nicht als Folge der Rechtlosigkeit anzusehen sei; aber er verwechselt hier das germanische Recht des Eides und namentlich der Eideshülfe mit modernen Einrichtungen.

5) Sächs. Landr. B. I. Art. 63. §. 1. B. III. Art. 16. §. 2. — Verm. Sachsensp. B. I. Cap. 49, 4. Vgl. Wilda a. a. O. S. 226. „Die Rechtsfähigkeit des Wehrlosen war nicht durch den Familienschutz bedingt, sondern schon durch die Stammesgenossenschaft, die Opfer- und Friedensgemeinschaft begründete, gegeben."

6) Sächs. Lehenr. Art. 2. §. 1.

7) Sächs. Landr. B. III. Art. 45. §. 9—11.

8) Sächs. Landr. B. II. Art. 18. §. 2. — Landfr. Kaiser Friedrich II. v. 1235. cap. 11. bei Pertz, L. L. II. p. 316.

9) Dies ist die Ansicht von Budde a. a. O. S. 1—91.; s. dagegen Hillebrand, in der angeführten Schrift, und Gerber in Schneider's kritischen Jahrbüchern 1845. Heft 8. S. 699 ff.

Die Enstehungsgründe der Rechtlosigkeit sind aber sehr verschieden: sie wird namentlich hervorgerufen durch uneheliche Geburt, durch verächtliche Handthierung und vagabundirende Lebensweise, durch schimpfliche Verbrechen, wie Diebstahl und Raub, und durch gewisse Strafen, besonders Leibesstrafen, auch wenn sie abgelöst worden sind[10]).

III. Die Ehrlosigkeit.

Der Begriff der Ehre hängt nach den Rechtsbüchern des Mittelalters genau mit dem der Treue zusammen, so daß beide auch für gleichbedeutend genommen werden: Gelübde bei Ehren und bei Treuen, ehrlos und treulos sind synonyme Ausdrücke[11]). Die Ehrlosigkeit ist die Folge eines Bruchs der Treue, welche durch ein besonderes Gelübde oder durch ein nahes, auf Vertrauen gebautes Verhältniß übernommen wird[12]). Dies Princip wird in schöner Consequenz durchgeführt in Beziehung auf Lehenpersonen, Gastfreunde und Verwandte[13]), aber es trifft auch den treulosen Vormund und Salmann[14]). — Doch kommt der Begriff der Ehre nicht ausschließlich in dieser technischen Bedeutung vor; es wird auch im Allgemeinen die persönliche Würde und der gute Ruf, namentlich der Weiber, darunter verstanden, nur daß der Verlust derselben nicht als Ehrlosigkeit bezeichnet wird[15]); — und von denen, welche wegen eines Verbrechens oder einer Strafe ihr Recht verlieren, heißt es, daß sie rechtlos und ehrlos werden[16]). Endlich wird die Ehre noch in einer

---

10) Sächs. Landr. B. I. Art. 38. §. 1.; vgl. Art. 50. §. 2. Ueber die bessere Stellung der unechten Kinder nach altnordischem und longobardischem Rechte s. Wilda, in der Zeitschr. für deutsches Recht XV. S. 237—97.

11) Glosse zum Sächs. Landr. B. III. Art. 78. §. 1. „Nu set he van der werden ere —, wente alle ere van truwe kumpt." — Magdeb. Weichbild bei Mühler §. 61. — „bewisen mit bederven luten, — — die ire truwe und ere wol behalden haben." — Urk. v. 1336. bei Guden. cod. dipl. III. 291. „Were aver dat Sache, dat wir eyniche weiß hierwyder deden, so solin wir truwelos, erlos und meynedig sin."

12) Albrecht, commentatio juris germ. ant. doctrinam de probationibus adumbrans, I. p. 68—71. — Beseler, Lehre von den Erbvertr. II. 1. S. 43—44. — Budde a. a. O. S. 97 ff.

13) Sächs. Landr. B. I. Art. 40. B. III. Art. 78. Art. 84. §. 2. — Schwäb. Landr. (Laßberg) Cap. 278.

14) Schwäb. Landr. (Wackernagel) Art. 55. Z. 22. — Urk. v. 857 bei Schannat, tradit. Fuld. I. nu. 486. Vgl. Lehre von den Erbv. I. S. 282.

15) Sächs. Landr. B. I. Art. 5. §. 2. — Hamb. Statut v. 1497. „Weret dat eyne lychtferdyghe beruchtede frowesname bynnen desser stad eyner erlyken jungfrowen, wedewen edder echten frowen myt untuchtyghen spreke jeghen ere eere unde gude gheruchte" u. s. w.

16) Sächs. Landr. B. II. Art. 13. §. 1. — Im Landfr. Kaiser Friedrich II. v. 1235. scheint unter diesem Ausdruck die Friedlosigkeit verstanden zu

bestimmten Beziehung auf die besonderen Standesrechte genommen; jedoch liegt hierin nicht die ursprüngliche technische Bedeutung des Wortes[17]).

Aus dem Angeführten ergiebt sich, daß die Ehre nicht immer in demselben Sinn genommen wird, und daß es sich nicht rechtfertigen läßt, wenn man sie allein auf die Standesrechte und die Ehrlosigkeit nur auf deren Verlust bezieht[18]). Aber auch für ganz unjuristisch sind diese Begriffe nicht zu halten[19]); die Ehrlosigkeit wegen Treubruch namentlich mußte durch richterliches Urtheil erkannt werden[20]), und selbst dann, wenn ein feierliches Gelübde gebrochen war, bedurfte es dessen noch, da in gewissen Fällen die That entschuldigt ward[21]). Damit ist aber freilich noch nicht gesagt, welche rechtliche Folgen mit einem solchen Erkenntniß verbunden waren. Daß es sehr nachtheilige waren, und daß die Ehrlosigkeit in diesem Sinne als schwere Strafe galt, ist unzweifelhaft und geht schon daraus hervor, daß Urtheile, welche die Ehre nahmen, mit denen, welche auf Verlust von Leben und Erbgut gingen, gleichgestellt wurden und nur von streng ebenbürtigen Schöffen gefunden werden konnten[22]). Mit näheren Angaben aber sind die Rechtsquellen sehr sparsam: nach dem Sachsenspiegel verliert der als treulos beredete Mann außer der Ehre auch sein Lehenrecht[23]), und der, welcher zur

sein, wie denn auch die späteren deutschen Texte statt erenlos: elos oder eilos haben. Vgl. Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 39. Z. 31.

[17]) Dieser Gebrauch des Wortes findet sich zuerst im Kl. Kaiserrecht (B. III. Cap. 5. 7. B. IV. Cap. 1.), welches aber überhaupt und namentlich hinsichtlich der Terminologie mit Vorsicht benutzt werden muß. Es kommt aber das Wort auch hier noch in anderen Bedeutungen vor, wie folgende Stellen beweisen: B. I. Cap. 19. 41. B. II. Cap. 48. 79. 81. Die Citate sind nach Endemanns Ausgabe.

[18]) Das war früher die gewöhnliche Ansicht; s. Eichhorn, Einleitung §. 83. Staats- und Rechtsgesch. III. §. 349. Note m. n. o. — Marezoll, von der Ehre S. 299 ff. — Phillips, Grundsätze I. §. 35. Dagegen haben sich mit Recht ausgesprochen Mittermaier, Grundsätze I. §. 100. Note 10. — v. Gerber, System §. 39. — Gengler, Lehrbuch §. 20. — Walter, deutsche Rechtsgesch. §. 725.

[19]) Wie Budde a. a. O. S. 102—5. annimmt.

[20]) Sächs. Landr. B. I. Art. 40. „Swe so trüwelos beredet wert, oder herevlüchtich ut des rikes denste, den verdelt man sin ere unde sin len recht." — Schwäb. Landr. (Laßberg) Cap. 278. — Richtsteig Landr. (Homeyer) Cap. 41. §. 7. — Ebenso wirkte ja auch die Felonie im Lehenrecht nicht ispo jure.

[21]) Sächs. Landr. B. III. Art. 41. Wenn daher gesagt wird, jemand dürfe ehrlos gescholten werden, so setzt dies doch die Verurtheilung voraus, wie auch nach der R. P. O. Tit. I. §. 7. hinsichtlich der Gotteslästerer anzunehmen ist.

[22]) Sächs. Landr. B. II. Art. 12. B. III. Art. 19. — Landfr. Friedrich II. v. 1235. Cap. 11. — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 54. (Laßberg) Cap. 278.

[23]) S. oben Note 20.

Strafe rechtlos geworden, so wie der Bescholtene, Verläumdete werden härter bestraft, als in demselben Fall der Unbescholtene[24]). Eine spätere Rechtsquelle läßt dagegen den Reichsdienstmann, der seine Ehre verloren, seines Standes und seiner Dienstgüter beraubt werden, und dehnt dies auch auf seine Kinder aus[25]). Aber damit kann, namentlich für die ältere Zeit der gemeinen Freiheit, die Wirkung der Ehrlosigkeit nicht vollendet gewesen sein.

Um hierüber zu einer bestimmten Ansicht zu gelangen, muß man sich in die Anschauungsweise des Mittelalters zurück versetzen, was namentlich dadurch möglich wird, daß man auf die noch vorhandenen Spuren derselben achtet. Diese zeigen sich nun besonders noch in dem Versprechen auf Ehrenwort und in den Folgen, welche die öffentliche Meinung dem Bruch desselben beilegt, vornehmlich in gewissen ständisch abgeschlossenen Kreisen: bei Adlichen, Officieren, Studenten, Handwerkern. Aehnlich, nur in bestimmter juristischer Weise muß die Ehrlosigkeit im Mittelalter gewirkt haben, indem sie den Treulosen unfähig machte zum Verkehr mit seines Gleichen und zu genossenschaftlichen Beziehungen[26]), so wie gleich dem Rechtlosen, zu solchen Handlungen und Geschäften, welche die volle Integrität der äußeren Stellung voraussetzten. Daher ist dem Ehrlosen der Reinigungseid genommen[27]). Im Einzelnen mußte dies aber in den verschiedenen Zeiten nach deren Einrichtungen und Anschauungen eine verschiedene Gestalt annehmen. So lange noch die gemeine Freiheit das herrschende Princip war, zeigte sich die Ehrlosigkeit in den allgemeinen Beziehungen freier Männer wirksam, indem der Ehrlose bei ihren Versammlungen und Vereinen nicht geduldet ward, mochte er nun im Heere, auf dem Gauding, im Fürstenrath oder sonst wo erscheinen und sich unter seinen Genossen als Gleichen zeigen wollen[28]). Als sich nun im späteren Mittelalter die ständischen Unterschiede schroff ausbildeten und die gemeine Freiheit darin aufging, so mußte sich auch die Ehre mit diesen engeren Kreisen identificiren, und der Verlust derselben vor Allem auf die ständischen Verhältnisse einwirken. Da konnte es aber leicht geschehen, daß man den Begriff der alten Rechtlosigkeit,

---

24) Sächs. Landr. B. II. Art. 26. §. 2. — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 187.

25) Kl. Kaiserr. (Endemann) B. III. Cap. 7.; vgl. B. IV. Cap. 1.

26) Vgl. über Ehrenstrafen und Ehrenfolgen der Verbrechen und Strafen (Rostock 1845.) S. 92 ff. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 100. Note 5.

27) Naumburger Statut v. 1337. (bei Mühler S. 66.) §. 14. „Schwelch man sine truwe und sine ere hat gehalden, den man sal nimant uberzuge wes man in beschuldiget, sundern he sal mit sime rechte davor ste."

28) Tacitus, Germania cap. 6. — — nec sacris adesse aut concilium inire ignominioso fas.

der nun seine ursprüngliche Bedeutung verloren hatte, in den der Ehrlosigkeit mit aufnahm, und durch diese alle Standesrechte zerstören ließ, und nicht nur diejenigen, welche auf dem genossenschaftlichen Verkehr beruhten.

Auf dem Boden der alten Rechtsanschauung steht nun noch der Sachsenspiegel, in welchem der Begriff des gemeinen Rechts und der Rechtlosigkeit überwiegt, so daß die Ehrlosigkeit, ohne unmittelbaren materiellen Nachtheil wirkend[29]), außer dem Fall des Treubruchs, zu jener nur verstärkend hinzukam, wenn sie wegen Verbrechen oder Strafen eintrat. Den Uebergang bildet der Schwabenspiegel[30]); im kleinen Kaiserrecht ist schon die spätere Rechtsansicht die herrschende geworden[31]). Daneben ging aber auch später noch jene allgemeine Bedeutung von Ehre her, welche sich auf den guten Ruf und deren Verlust bezog, und während sich seit dem 13. Jahrhundert über die Bedeutung der Rechtlosigkeit nothwendig unklare Vorstellungen bilden mußten, welche am Ende dahin führten, daß man uneheliche Kinder und gewisse schimpfliche Gewerbe für anrüchtig oder unehrlich hielt[32]), — ward auch bei dem mehrfachen Sinn des Wortes Ehre für die Ehrlosigkeit die Ausbildung eines festen technischen Begriffs erschwert. Darauf wirkte dann noch besonders ein, daß jemehr das Urtheil über die Ehre als Standessache erschien, auch die abweichenden Ansichten der verschiedenen Stände sich dabei geltend machten, und in den einzelnen Corporationen praktisch durchgeführt wurden. Als nun aber diese ständische Gliederung im modernen Staat ihre frühere Bedeutung verlor, und sich mehr und mehr in das Staatsbürgerthum auflöste, zugleich aber mit der Reception des römischen Rechts der Begriff der Infamie auf die deutschen Verhältnisse übertragen wurde, mußte es geschehen, daß die ältere Lehre, an sich schon schwankend, von Grund aus erschüttert ward, und daß das Bedürfniß ihrer Reform sich immermehr hervordrängte.

Als das römische Recht in Deutschland aufgenommen ward, hielt man es für unbedenklich, auch die in demselben vorkommenden Vorschriften über die Infamie zur Anwendung zu bringen. Hatte doch

29) Im Sächs. Landr. B. I. Art. 40. heißt es nicht, daß der Treulose das Lehenrecht in Folge der Ehrlosigkeit verliert, sondern daß ihm Ehre und Lehenrecht vertheilt werden.

30) S. besonders die oben Note 21. cit. Stellen.

31) S. oben Note 25.

32) Glosse zum Sächs. Landr. B. I. Art. 38. „Hie vore spricht he van den, de rechtelos dat is anrychtich syn." — Pölmansche Distinctionen IV. 14. dist. 14. 15. (Kraut, Grundriß §. 49. Nr. 29.). — Schöffenurtheil hinter Zobel's Sachsensp. I. 16, 3. und dazu Budde a. a. O. Anhang S. 133 ff.

auch das canonische Recht sich bestimmt in diesem Sinne ausgesprochen[33]), und die Erwägung, daß es sich hier um Verhältnisse handle, welche mit der Nationalität so eng zusammen hangen und nach dem fremden Recht nicht wohl beurtheilt werden dürfen, konnte einer Jurisprudenz sich nicht aufdrängen, welche eben dieses fremde Recht für das absolut geltende hielt. Selbst bei der Ausarbeitung der Reichs- und Particulargesetze ging man von der Ueberzeugung aus, daß es auch für diese Lehre recipirt sei[34]). Im Einzelnen unterschied man dann noch eine infamia juris, die aus den Handlungen, welche das Gesetz selbst als infamirend bezeichnet, hervorgehe, und eine infamia facti, welche der Richter nach seinem Ermessen als vorhanden annehmen dürfe; ferner eine infamia mediata, welche durch richterliches Urtheil festgestellt werde, und eine infamia immediata, die sofort als Folge der That eintreten solle[35]). Dabei unterließ man es freilich, sich über die Wirkungen, welche die Infamie nach dem römisch-justinianeischen Recht hervorrufen soll, die gehörige Rechenschaft abzulegen, und übersah es, daß dieselben im Wesentlichen mit den von selbst eintretenden Folgen der Verächtlichkeit (turpitudo) zusammen fallen[36]).

Neben dieser römischen Infamie zeigten sich aber auch die Institute des älteren deutschen Rechts noch wirksam, indem sich theils die alte Rechtlosigkeit noch in der Anrüchtigkeit gewisser Personen erkennen ließ, theils die Standesverhältnisse auf die Begriffe der Ehre und Ehrlosigkeit von Einfluß blieben, und die Reichsgesetze dieselben überhaupt mit einer gewissen Selbständigkeit behandelten. Auch mußte die Idee des modernen Staatsbürgerthums, mit seiner allgemein politischen Berechtigung der alten gemeinen Freiheit vergleichbar, und die damit in naher Verbindung stehende Auffassung des Gemeindewesens von bestimmendem Einfluß auf die Lehre sein, während das Staatsamt als eine besondere Ehre von der Wirkung der Ehrlosigkeit nicht unberührt bleiben konnte. — Aber wie sollte nun die neuere germanistische Jurisprudenz, der diese Lehre zur Bearbeitung zufiel, aus einem solchen Chaos principienmäßig durchgebildete Institute schaffen, zumal da auch im Volksleben selbst diese Seite des öffentlichen Rechts ihre consequente Entwickelung nicht gefunden

---

[33]) Can. 2. C. VI. qu. 1. Omnes vero infames esse dicimus, quos leges saeculi infames appellant. Vgl. Marezoll, über bürgerliche Ehre S. 318—19.

[34]) Notariats-Ordnung v. 1512. Einleitung §. 2. — — „ehrloß, infames genannt." Württemb. Landr. Th. III. Tit. 10. Vgl. v. Wächter, Handbuch des württemb. Privatrechts I. S. 904. Note 10.

[35]) Vgl. Thibaut, System I. §. 152. 153.

[36]) v. Savigny, System II. S. 224—30. — Puchta, Pandecten §. 120.

hatte? Die Meinungen der Juristen theilten sich nun über das hier geltende gemeine Recht in vier verschiedene Theorien.

I. Die streng romanistische Lehre, welche das römische Recht noch im Allgemeinen für das geltende ansieht, und nur deutschrechtliche Modificationen desselben annimmt[37]). Diese Auffassung kann als wissenschaftlich überwunden angesehen werden.

II. Eine andere Ansicht unterscheidet nach den verschiedenen Fällen, ob die deutsche Ehrlosigkeit oder die römische Infamie, welche noch als selbständige Institute neben einander bestehen, eintreten soll[38]). Auch diese Theorie, die übrigens sehr isolirt geblieben, ist unhaltbar; denn es läßt sich theils nicht behaupten, daß beide Institute unvermischt neben einander zur Anwendung kommen, theils aber fehlt es an bestimmten Merkmalen, nach denen sich angeben ließe, wann das Eine und wann das Andere normirend sei.

III. Einige wollen dem römischen Recht gar keinen Einfluß auf diese Lehre einräumen[39]). Aber dem widerspricht die Rechtsgeschichte, wie es denn überhaupt im hohen Grade auffallend sein würde, wenn eine Meinung der Juristen, welche man seit Jahrhunderten praktisch zu machen gesucht hat, ganz ohne Wirkung auf den Rechtszustand geblieben wäre. Freilich sind zum großen Theil Mißverständnisse der Grund dieser Einwirkung gewesen; aber es hat sich überhaupt bei einem großen Theil praktisch gewordener römischer Rechtsinstitute so verhalten. In einer Beziehung aber war der Einfluß der römischen Lehre von der Infamie auf das geltende Recht wirklich tiefer begründet, insofern es nämlich die Anerkennung der gemeinen Bürgerehre im Gegensatze zur Standesehre befördern half.

IV. Endlich die vierte Theorie besteht im Wesentlichen darin, daß die Grundlage der Lehre im deutschen Recht zu suchen sei, daß aber auf die moderne Ausbildung derselben das römische Recht einen wenn auch beschränkten unmittelbaren Einfluß ausgeübt habe. Diese besonders

---

37) Glück, Pandecten-Commentar V. S. 129 ff. — Marezoll a. a. O. S. 321—26. Wenn hier S. 324. besonders darauf Gewicht gelegt wird, daß bei der Frage, ob und inwieweit das römische Recht recipirt worden sei, nur die Zeit der ersten Reception entscheide, so ist diese Ansicht für falsch zu erklären. Die ursprüngliche Reception war ein Ausfluß des Gewohnheitsrechts, welches auch später noch wirksam sein und den zuerst begründeten Rechtszustand wieder modificiren kann. S. oben §. 8. Nr. IV.

38) Eichhorn, Einleitung §. 84.

39) Budde a. a. O. S. 126. — v. Gerber, System §. 39. Note 19. — Gengler, Lehrb. S. 111. Auch v. Savigny, System II. S. 229—30. nimmt nur einen indirecten Einfluß des römischen Rechts an, der nur auf Mißverständnissen beruht habe und nie von großer Erheblichkeit gewesen sei.

von Mittermaier begründete Ansicht ist die richtige[40]); sie führte für das gemeine Recht zu folgenden Sätzen.

a) Die alte Friedlosigkeit ist ganz verschwunden; auch die Rechtlosigkeit besteht nur noch in einzelnen Wirkungen, welche theils mit der Ehrlosigkeit verschmolzen, theils zur Anrüchtigkeit oder Unehrlichkeit ausgebildet sind. Letztere gilt nach der Vorschrift der Reichsgesetze noch für uneheliche Kinder und Abdecker und zwar mit der Wirkung, daß sie von gewissen Corporationen, namentlich den Handwerkerzünften ausschließt[41]). Doch kann dieser Makel durch die Ehrlichmachung (legitimatio minus plena) getilgt werden, tritt aber vor der freieren Volksansicht und den veränderten Gewerbeverhältnissen zurück.

b) Die Verächtlichkeit (turpitudo) wird durch die Begehung schimpflicher Verbrechen, welche nicht gerade Ehrlosigkeit zur Folge haben, und durch ein liederliches, vagabundirendes Leben hervorgerufen, und zeigt sich wirksam, wenn es in rechtlichen Verhältnissen auf die freie Würdigung der Persönlichkeit ankommt, — namenlich also bei der Glaubwürdigkeit des Zeugnisses, der Uebertragung von Aemtern, Vormundschaften u. s. w. Auch wird durch die Verächtlichkeit der Testamentserben die querela inofficiosi testamenti begründet. — Mit ihr nahe verwandt ist die, namentlich im früheren preußischen Rechte besonders betonte Bescholtenheit, der üble Leumund in Folge eines unsittlichen Lebenswandels[42]).

c) Die Ehrlosigkeit im technischen Sinne ist der Verlust der bürgerlichen Ehre d. h. der vom Gesetze gewährten bürgerlichen Ehrenrechte und Ehrenvorzüge. Sie tritt nur in Folge eines Straferkenntnisses und gewisser Strafarten ein.

§. 62.

Das geltende Recht.

Für das heutige gemeine Recht sind die Bestimmungen des Strafgesetzbuches für das deutsche Reich maaßgebend[1]).

---

40) Mittermaier in Hudtwalker's criminalistischen Beiträgen I. S. 475 ff. und Grundsätze des deutschen Privatrechts I. §. 101. Diese Ansicht hat auch die weiteste Verbreitung gefunden; s. a. a. O. Note 10. — Stobbe, Handbuch I. S. 365.

41) R. P. O. v. 1577. Tit. 38. §. 1. — Reichsschluß v. 1731. §. 4. 11. — Kaiserl. Patent v. 23. April 1772. §. 5. Vgl. O. Benecke, von unehrlichen Leuten. Hamburg 1863.

42) Pr. Städteordnung v. 19. Febr. 1808. §. 17. „Das Bürgerrecht darf niemandem versagt werden, welcher in der Stadt, worin er solches zu erlangen wünscht, sich häuslich niedergelassen hat, und von unbescholtenem Wandel ist." Vgl. Beseler, Kommentar zum Pr. Strafgesetzbuch S. 111.

1) St. G. B. §. 31—37. Vgl. Rüdorff, Kommentar S. 53. 142—58. — J. Olshausen, Kommentar I. S. 116—32.

I. Das Gesetz kennt den Verlust der bürgerlichen Ehre (Ehrlosigkeit) nicht mehr, sondern nur den Verlust einzelner bürgerlichen Ehrenrechte, und zwar auf Grund eines Straferkenntnisses.

a) Strafart und Strafort haben diese Folge nicht mehr; nur wenn auf Zuchthausstrafe erkannt ist, tritt die dauernde Unfähigkeit zum Kriegsdienste und zur Bekleidung öffentlicher Aemter so wie zur Advokatur, Anwaltschaft und zum Geschwornen- und Schöffendienste von Rechtswegen ein[2])

b) Neben der Todesstrafe, Zuchthausstrafe und Gefängnißstrafe kann unter den im Gesetze festgestellten Voraussetzungen auf den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden, und zwar bei zeitiger Freiheitsstrafe nur auf eine im Gesetze bestimmte Dauer[3]).

II. Die Aberkennung bewirkt den dauernden Verlust der Rechte aus öffentlichen Wahlen sowie der öffentlichen Aemter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen[4]). Nur für die im Urtheile bestimmte Zeit wird dadurch die Unfähigkeit begründet[5]): 1) die Landeskokarde zu tragen; 2) in das Heer und die Marine einzutreten; 3) öffentliche Aemter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen zu erlangen; 4) in öffentlichen Angelegenheiten politische Rechte auszuüben; 5) Zeuge bei Aufnahme von Urkunden zu sein[6]); 6) Vormund, Nebenvormund, Curator, gerichtlicher Beistand oder Mitglied eines Familienrathes zu sein, es sei denn, daß es sich um Descendenten handelt und die Obervormundschaft oder der Familienrath die Genehmigung ertheilt.

III. Das Gesetzbuch ordnet die Ehrenstrafen nur vom Standpunkte des Strafrechts[7]), es schließt daher nicht unbedingt jede weitere Folge der verminderten Ehre aus.

a) Privatcorporationen sind in ihrer Autonomie durch die Vorschriften des Strafgesetzbuchs nicht beschränkt[8]). Dies gilt namentlich in Betreff der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, Innungen, Actienvereine, kaufmännischen Corporationen[9]) u. s. w.

---

[2]) St. G. B. §. 31. Zu dem öffentlichen Amte gehört auch das mittelbare Staatsamt, also das Gemeindeamt, so wie das Notariat; s. St. G. B. §. 359.

[3]) St. G. B. §. 32. Wegen Meineid und qualificirter Kuppelei muß auf Verlust der Ehrenrechte erkannt werden, s. §. 161. 181.

[4]) St. G. B. §. 33. Der Adel geht dadurch nicht verloren, wie es nach dem Preuß. Strafgesetzbuch §. 22. der Fall war.

[5]) St. G. B. §. 34.

[6]) Die Zeugenfähigkeit für das gerichtliche Beweisverfahren geht nicht verloren; auf die Glaubwürdigkeit des Zeugnisses wird das Urtheil und seine Voraussetzungen jedoch nicht ohne Einfluß bleiben.

[7]) Vgl. R. G. II. Nr. 20. — Stobbe, Handbuch I. §. 48.

[8]) Vgl. Rüdorff a. a. O. S. 152. — Olshausen a. a. O. S. 120.

[9]) R. G. betreffend die Abänderung der Gewerbeordnung v. 1. Juli 1883. §. 83. „Von dem Eintritt in eine Innung können diejenigen ausgeschlossen wer-

b) Die aus polizeilichen Gründen angeordneten gesetzlichen Beschränkungen der Freizügigkeit und Gewerbefreiheit[10]) kommen hier nicht in Betracht.

c) Die Lehenfähigkeit geht nach der heutigen Stellung des Lehenrechts durch Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nicht verloren, denn im Allgemeinen enthält der Lehenverband jetzt nur eine Beschränkung des Eigenthums an Grundstücken; will man ihn aber auch im Sinne des älteren Rechts weiter auffassen, so hätte wenigstens in Betreff der Staatslehen, welche gegenwärtig durchaus die Regel bilden, der Verlust der Lehenfähigkeit im Strafgesetzbuch als dauernde Folge der Aberkennung der Ehrenrechte ausdrücklich angeordnet werden müssen, wenn diese Wirkung noch jetzt eintreten sollte.

d) Auch das Recht an Familienfideicommissen geht wegen Aberkennung der Ehrenrechte nicht verloren, da es kein politisches ist[11]), — es sei denn, daß in der Stiftungsurkunde abweichende Bestimmungen enthalten sind. Denn diese sind wie andere Privatdispositionen für das betreffende Rechtsverhältniß maaßgebend.

e) Die Bedeutung der Verächtlichkeit für die Testamentslehre besteht noch unverändert fort.

§. 63.

V. Von dem Einfluß des religiösen Bekenntnisses auf die Rechtsfähigkeit.

Durch die Reformation und deren staatliche Anerkennung in Deutschland ist zwar die Ketzerei als ein eigenes kirchliches Verbrechen, dem

---

den: 1. welche sich nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte befinden; oder 2. welche in Folge gerichtlicher Anordnung in der Verfügung über ihr Vermögen beschränkt sind. — §. 86. Durch Beschluß der Innung kann von der Ausübung des Stimmrechts, so wie der Ehrenrechte innerhalb der Innung derjenige ausgeschlossen werden, welcher in einem der in §. 83. unter 1. und 2. bezeichneten Verhältnisse sich befindet." — Genossenschaftsgesetz v. 4. Juli 1868. §. 38. „In jedem Fall kann die Genossenschaft einen Genossenschafter aus den im Genossenschaftsvertrag festgesetzten Gründen, sowie wegen des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte ausschließen." — R. G. über die eingeschriebenen Hülfskassen vom 7. April 1876. §. 21. — Rev. Statut der Berliner Kaufmannschaft v. 26. Febr. 1870. Art. 3. „Ausgeschlossen von dem Eintritt in die Corporation sind: 2) Personen bescholtenen Rufs."

10) Gesetz über die Freizügigkeit v. 1. Nov. 1867. §. 3. — Gewerbeordnung v. 21. Juni 1869. §. 30. 57. und Novelle vom 17. Juli 1878. §. 106. — Preßgesetz v. 7. Mai 1874. §. 8.

11) A. M. ist Lewis, das Recht des Familienfideicommisses S. 44. 339., welcher dem Ehrlosen das Familienfideicommiß abspricht, weil es zur Erhaltung des Glanzes und Ansehens der Familie diene. Allein aus demselben Grunde müßte

aber auch die schwersten weltlichen Strafen folgten, allmählich außer Uebung gekommen; doch hat es lange gewährt, ehe nur unter den Hauptparteien der christlichen Kirche in Deutschland das Princip der gleichen Berechtigung vollkommen durchgeführt worden ist. Denn der Religionsfrieden zwischen den Katholiken und augsburgischen Confessionsverwandten ging doch zunächst nur auf ein friedliches Nebeneinanderbestehen derselben im Reich, ohne bei der Auslegung, welche man dem s. g. Reformationsrecht der Landesherrn gab, den Rechtszustand in den Territorien und die religiöse Freiheit der Einzelnen zu sichern. Auch in dem westphälischen Frieden, welcher die Reformirten ausdrücklich den ausburgischen Confessionsverwandten beizählte[1]), ward doch die kirchliche Rechtsgleichheit nur auf die Reichsstände und die Reichsangelegenheiten bezogen[2]), während den Unterthanen in den Territorien, insofern für sie das Entscheidungsjahr 1624 nicht maaßgebend war, nur die Gewissensfreiheit mit Einschluß der Hausandacht und die Rechtsfähigkeit in privatrechtlicher, nicht aber in politischer Beziehung zugesichert[3]), und als letztes Schutzmittel das Recht der Auswanderung eingeräumt ward[4]).

I. Erst die deutsche Bundesacte hat hier durchgegriffen, und dem freieren Sinn der Gegenwart huldigend, ganz allgemein und ohne Ein-

---

es dem Bescholtenen versagt werden. Auch steht die Frage mit der gesetzlichen, wenn auch nur negativ gefaßten Entscheidung über die Fortdauer des Adels trotz der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte in Verbindung.

1) J. P. O. art. VII. §. 1.

2) L. c. art. V. §. 1. Vgl. Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch. IV. §. 524.

3) L. c. art. V. §. 34. Placuit, ut illi Catholicorum subditi Augustanae confessioni addicti, ut et Catholici Augustanae Confessionis statuum subditi, qui anno 1624. publicum vel etiam privatum Religionis suae exercitium nulla anni parte habuerunt, nec non, qui post pacem publicatam deinceps futuro tempore diversam a Territorii Domino Religionem profitebuntur, et amplectentur, patienter tolerentur, et conscientia libera domi devotioni suae, sine inquisitione aut turbatione privatim vacare, in vicinia vero, ubi et quoties voluerint, publico Religionis exercitio interesse, vel liberos suos exteris suae Religionis scholis, aut privatis domi praeceptoribus instruendos committere non prohibeantur, sed ejusmodi Landsassii, Vasalli et Subditi, in caeteris officium suum cum debito obsequio et subjectione adimpleant nullisque turbationibus ansam praebeant. — §. 35. Sive autem Catholici sive Augustanae confessionis fuerint subditi, nullibi ob Religionem despicatui habeantur, nec a mercatorum, opificum ac tribuum communione, haereditatibus, legatis, hospitalibus, leprosoriis, eleemosynis, aliisque juribus aut commerciis, multo minus publicis caemiteriis, honoreve sepulturae arceantur, aut quicquam pro exhibitione funeris a superstitibus exigatur, praeter cujusque Parochialis Ecclesiae jura, pro demortuis pendi solita; sed in his et similibus pari cum concivibus jure habeantur, aequali justitia protectioneque tuti.

4) L. c. §. 36. Vgl. R. A. v. 1555. §. 24.

schränkung den christlichen Religionsparteien in den Ländern und Gebieten des deutschen Bundes den vollen Genuß der bürgerlichen und politischen Rechte gewährleistet[5]). Diese Vorschrift bezieht sich indessen nur, wie die über die Abfassung der Bundesacte gepflogenen Berathungen[6]) und die Bestimmungen der neueren Particulargesetze[7]) zeigen, auf die schon im deutschen Reich gleichberechtigt neben einander gestellten kirchlichen Hauptparteien, nämlich der Katholiken und der augsburgischen Confessionsverwandten mit Einschluß der Reformirten. Ueber die von ihnen getrennten Religionsgesellschaften (Secten) enthält die Bundesacte keine Vorschriften. Doch sind die strengen Verfügungen, welche die Reichsgesetze über dieselben aufgestellt haben, und worin geradezu das Verbot ihrer Duldung liegt[8]), schon der milderen Praxis des 18. Jahrhunderts gewichen; namentlich das preußische Landrecht ist den übrigen Gesetzgebungen hierin mit dem Beispiele edler Freisinnigkeit voraufgegangen[9]), und neuere Gesetze haben das Princip der Religionsfreiheit im vollem Umfange anerkannt[10]).

II. Die von der deutschen Bundesacte angebahnte Gleichstellung der christlichen Religionsparteien in Betreff der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte ist dann von der deutschen Reichsgesetzgebung ohne Beschränkung

---

5) B. A. Art. 16. „Die Verschiedenheit der christlichen Religionsparteien kann in den Ländern und Gebieten des teutschen Bundes keinen Unterschied in dem Genusse der bürgerlichen und politischen Rechte begründen." Die freie Religionsübung ist dagegen den verschiedenen Religionsparteien auch in der Bundesacte nicht gewährleistet. Die entgegengesetzte Ansicht hat mit ganz unzureichenden Gründen Zachariä bei Aegidi, Zeitschr. für deutsches Staatsrecht I. Nr. 3. vertheidigt.

6) J. L. Klüber, Acten des Wienes Congresses. B. II. S. 439.

7) S. Wilda, in der Zeitschr. für deutsches Recht XI. S. 213—15.

8) R. A. v 1566. §. 5. „Auf daß aber in mittler Zeit des verführischen, je länger je mehr beyden der alten Religion und Augspurgischen Confession zuwider einbrechenden Secten und irrigen Opinionen, kein Raum noch Statt gelassen, sondern dieselbe von dem H. Reich Teutscher Nation, Unserem geliebten Vatterland abgewendet werden: So haben wir uns mit ihnen den gemeinen Ständen, und sie sich herwieder mit Uns verglichen, daß solcher Secten und irrigen Opinionen — — vermög des Religion-Friedens keine gelitten noch gedult, sondern allenthalben der Gebühr und dem Religion-Frieden gemäß, gäntzlich abgeschafft werden." — J. P. O. art. VII. §. 2. — — Sed praeter religiones supra nominatas nulla alia in sacro imperio Romano recipiatur vel toleretur. Vgl. Wilda a. a. O. S. 177. Note 36.

9) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 11. §. 1—57. Vgl. Wilda a. a. O. S. 221 ff.

10) S. z. B. die Preuß. Verfassungsurkunde v. 1850. Art. 12. „Die Freiheit des religiösen Bekenntnisses, der Vereinigung zu Religionsgesellschaften und der gemeinsamen häuslichen und öffentlichen Religionsübung wird gewährleistet. Der Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte ist unabhängig von dem religiösen Bekenntnisse. Den bürgerlichen und staatsbürgerlichen Pflichten darf durch die Ausübung der Religionsfreiheit kein Abbruch geschehen."

auf die Hauptparteien oder nur auf das christliche Bekenntniß zur Ausführung gebracht, die freie Religionsübung ist aber auch von Reichswegen nicht gewährleistet worden[11]).

III. Durch die angeführte reichsgesetzliche Bestimmung ist auch die volle Rechtsgleichheit der Juden durchgeführt worden[12]).

a) Das jüdische Nationalrecht hat daher gegenwärtig nur eine sehr beschränkte Geltung. Dasselbe besteht aus den Mosaischen Gesetzen[13]) und dem im Talmud aufbewahrten Recht. Die Hauptbestandtheile des Talmud sind die Mischnah aus dem zweiten Jahrhundert christlicher Zeitrechnung und die (babylonische) Gemara aus dem vierten Jahrhundert. Daraus gingen die späteren jüdischen Rechtsbücher hervor, namentlich der Schulchan Aruch, welcher im 16. Jahrhundert abgefaßt, sich fortwährend im höchsten Ansehen erhalten hat[14]).

b) Dasselbe gilt noch für solche Rechtsverhältnisse, welche mit den religiösen Ansichten oder Ceremonialgesetzen nothwendig zusammenhangen namentlich in Ehesachen; kommt das Nationalrecht noch zur Anwendung[15]). Doch schließt dies die Beobachtung solcher Rechtsnormen

---

[11]) Gesetz, betreffend die Gleichberechtigung der Konfessionen in bürgerlicher und staatsbürgerlicher Beziehung, v. 3. Juli 1869. Einziger Artikel. „Alle noch bestehenden, aus der Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses hergeleiteten Beschränkungen der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte werden hierdurch aufgehoben. Insbesondere soll die Befähigung zur Theilnahme an der Gemeinde- und Landesvertretung und zur Bekleidung öffentlicher Aemter vom religiösen Bekenntniß unabhängig sein."

[12]) Ueber das Geschichtliche vgl. M. Wiener, Regesten zur Geschichte der Juden in Deutschland während des Mittelalters. 1. Th. Hannover 1862. — Otto Stobbe, die Juden in Deutschland während des Mittelalters. Braunschweig 1866 und Handbuch I. §. 46.

[13]) J. D. Michaelis, Mosaisches Recht. 6 Thle. 2. Aufl. Frankf. 1775—1803. — Saalschütz, das Mosaische Recht. Berlin 1848.

[14]) S. die Einleitung zu den Ritualgesetzen der Juden, betreffend Erbschaften, Vormundschaften, Testamente und Ehesachen, insoweit sie das Mein und Dein angehen. Entworfen von Moses Mendelssohn, auf Veranlassung und unter Aufsicht R. Hirschel Levin, Ober-Rabbiners zu Berlin. 5. Aufl. Berlin 1826. (Dies vielgebrauchte Buch hat übrigens nur die Autorität einer gründlichen Privatarbeit). — R. Duschak, das Mosaisch-Talmudische Eherecht mit besonderer Rücksicht auf die bürgerlichen Gesetze. Wien 1864. — L. Auerbach, das jüdische Obligationenrecht. Bd. 1. Berlin 1870.

[15]) Kaim, im Rechtslexion V. S. 820. 842. Daher nahm das O. A. Gericht zu Wolfenbüttel an, daß in Erbschaftsfällen das jüdische Nationalrecht nicht gelte, s. Seuffert XI. Nr. 254., womit ein Erkenntniß des O. A. Gerichts zu Lübeck übereinstimmt, s. a. a. O. XIV. Nr. 109. Der letztere Gerichtshof hat auch die Bestimmung des Hamburger Reglements v. 1710. Art. 23., daß in Matrimonial-Testaments- und Erbschaftssachen die Juden nach Inhalt der Mosaischen

auch in andern Fällen, wo sie durch Privatwillkühr angeordnet werden kann, nicht aus. Der Richter hat sich dann zum jüdischen Recht wie zu einer fremden Rechtsquelle zu verhalten[16]).

§. 64.

VI. Reichsbürgerrecht. Staatsbürgerrecht. Heimathsrecht.

Seitdem es sich im 16. und 17. Jahrhundert entschieden hatte, daß die moderne Staatsidee im deutschen Reiche keine nationale Verwirklichung finden konnte, ist sie allein in den Territorien zum Ausdruck gelangt. Die Territorialität beherrschte die öffentlichen Angelegenheiten und ward auch für die rechtlichen Beziehungen der Einzelnen zum Staate maaßgebend, indem nur die Reichsunmittelbaren zum Reiche in directer Verbindung standen. Auch der deutsche Bund war nur ein Verein der deutschen Regierungen, welcher die Unterthanen derselben selbst durch die Gesetzgebung nicht unmittelbar erfaßte. Von einem eigentlichen Bundesindigenat konnte daher nicht die Rede sein und die Bundesacte gewährte in dieser Richtung nur ganz untergeordnete Rechte in Beziehung auf den Erwerb von Grundeigenthum und die Auswanderung[1]).

Erst seit der Errichtung des norddeutschen Bundes und des deutschen Reichs ist dies anders geworden, indem jetzt eine selbständige Competenz des Reichs auch für die einzelnen Reichsangehörigen und ein Reichsbürgerrecht begründet worden ist. Bei der Feststellung des Letzteren konnte man aber von einem verschiedenen Standpunkte ausgehen: man konnte wie dies in den Nordamerikanischen Freistaaten geschehen ist, ein selbständiges, von den Beziehungen zu den einzelnen Staaten unabhängiges Unionsbürgerrecht anerkennen, oder nach dem Vorgange der Schweiz das Letztere an den Besitz des Bürgerrechts in einem

Gesetze verfahren mögen, nur auf die Rechtsverhältnisse der Juden unter einander bezogen; s. a. a. O. XI. Nr. 112.

[16]) S. oben §. 38. Note 30. Darnach erledigen sich auch die Bedenken, welche in dem Erk. des O. A. Gerichts zu Darmstadt (bei Seuffert XXIV. Nr. 3.) gegen die Anwendung des jüdischen Nationalrechts überhaupt erhoben sind.

[1]) B. A. Art. 18. Namentlich ward hier die Freiheit von aller Nachsteuer (gabella emigrationis, detractus personalis) angeordnet, insofern das Vermögen des Auswandernden in einen anderen deutschen Bundesstaat übergeht. Die Regel ward dann später auf den Abschoß (census hereditarius, gabella hereditaria), die Abgabe von einer in das Ausland gehenden Erbschaft, ausgedehnt, und zwar in beiden Fällen sowohl in Beziehung auf den Fiscus als auch auf andere Berechtigte (Corporationen und Grundherrschaften); s. B. B. v. 23. Juni 1817 (bei v. Meyer, Staatsacten II. §. 49.). Ueber das Geschichtliche vgl. Eichhorn, St. und R. G. II. §. 368. Note u. III. §. 448. a. E. und Einleitung §. 75. 77. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 111. — Stobbe, Handbuch I. §. 42. 43.

Einzelstaate knüpfen [2]). Die deutsche Reichsverfassung hat den zweiten Weg beschritten, indem sie in Art. 3. das Princip feststellt, in Art. 4. die Competenz der Reichsgewalt in Beziehung auf die gesetzgeberische Ordnung und die Beaufsichtigung dieser Verhältnisse bestimmt [3]). In diesem Sinne sind dieselben durch spätere Reichsgesetze geordnet worden, welche über den Erwerb und Verlust des Staatsbürgerrechts, den Gewerbebetrieb, die Freizügigkeit und den Unterstützungswohnsitz allgemein geltende Vorschriften enthalten. Hier kommen folgende Beziehungen in Betracht.

A. Das Reichsbürgerrecht.

Der Angehörige eines Bundesstaates ist Reichsangehöriger (Deutscher) und in jedem andern Bundesstaat als Inländer zu behandeln [4]). Die ihm auf Grund dieser Vorschrift eingeräumten Rechte sind ihm reichsverfassungsmäßig gewährleistet; er darf in der Ausübung derselben weder durch die Obrigkeit seiner Heimath noch durch die eines anderen Bundesstaates beschränkt werden [5]).

B. Das Staatsbürgerrecht.

Es bezeichnet die Staatsangehörigkeit (Indigenat) in Beziehung auf einen einzelnen deutschen Staat und befaßt die durch diesen Verband

---

[2]) N. A. Verf. v. 1787. art. I. Sect. 8. Nr. 4. — Schweiz. B. V. v. 1848. Abschn. I. Art. 42. Vgl. Story, commentaries III. chapt. 16. §. 1097—99. — Rüttimann, nordamerikan. Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz I. (Zürich 1867.) §. 86—99.

[3]) R. V. Art. 3. „Für ganz Deutschland besteht ein gemeinsames Indigenat mit der Wirkung, daß der Angehörige (Unterthan, Staatsbürger) eines jeden Bundesstaates in jedem andern Bundesstaate als Inländer zu behandeln und demgemäß zum festen Wohnsitz, zum Gewerbebetriebe, zu öffentlichen Aemtern, zur Erwerbung von Grundstücken, zur Erlangung des Staatsbürgerrechts und zum Genusse aller sonstigen bürgerlichen Rechte unter denselben Voraussetzungen wie der Einheimische zuzulassen, auch in Betreff der Rechtsverfolgung und des Rechtsschutzes demselben gleich zu behandeln ist." — Art. 4. „Der Beaufsichtigung Seitens des Reichs und der Gesetzgebung desselben unterliegen die nachstehenden Angelegenheiten: 1) die Bestimmungen über Freizügigkeit, Heimaths- und Niederlassungs-Verhältnisse (mit Ausnahme Baierns, s. oben §. 41. Note 3.), Staatsbürgerrecht, Paßwesen nnd Fremdenpolizei und über den Gewerbebetrieb, — — desgleichen über die Colonisation und die Auswanderung nach außerdeutschen Ländern." Vgl. L. v. Rönne, das Staatsrecht des deutschen Reiches. 2. Aufl. Bd. I. (Leipzig 1876.) §. 11 ff. — P. Laband, das Staatsrecht des deutschen Reiches. §. 13 ff. — G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts §. 213 ff. — Phil. Zorn, das Staatsrecht des deutschen Reichs I. §. 15 ff.

[4]) Gesetz über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit v. 1. Juni 1870. §. 1. „Die Bundesangehörigkeit wird durch die Staatsangehörigkeit in einem Bundesstaate erworben und erlischt mit deren Verlust."

[5]) R. V. Art. 3. Abs. 2.

begründeten Rechte und Verbindlichkeiten. Ueber den Erwerb und Verlust desselben entscheidet das Reichsgesetz v. 1. Juni 1870[6]).

I. Die Staatsangehörigkeit wird fortan nur begründet durch Abstammung, Legitimation, Verheirathung und Verleihung.

a) Das Eigenthum an Grundstücken begründet an sich für fremde Landsassen (forenses, foranei, cives qui foras habitant) noch keine Staatsangehörigkeit, sondern verpflichtet nur zur Anerkennung des forum rei sitae für dingliche Klagen und zur Befolgung der den Grundbesitz betreffenden Landesgesetze, namentlich auch in Beziehung auf das Steuerwesen[7]). Man nennt dies Verhältniß landsassiatus minus plenus, und nur in einigen deutschen Staaten wird ein, ursprünglich durch das Lehenwesen veranlaßter engerer Verband begründet (landsassiatus plenus), welcher jedoch vorzugsweise nur auf die Zuständigkeit des Gerichts der belegenen Sache als eines allgemeinen Forum auch für persönliche Klagen sich bezieht und kein Unterthanenverhältniß begründet[8]).

b) In Betreff der Verleihung des Staatsbürgerrechts (Naturalisation) galten früher in Deutschland zwei Systeme: das Eine, das Preußische, machte den Staat allein zum entscheidenden Organ darüber; das andere sah die Staatsangehörigkeit als Zubehör der Gemeindeangehörigkeit an, und machte die Letztere zur Bedingung für den Zweck der Ersteren[9]). Die Reichsgesetzgebung hat sich dem Preußischen Systeme angeschlossen.

c) Die Verleihung kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein, indem sie mit der Anstellung im öffentlichen Dienste verknüpft ist. Dem Deutschen, der sich in einem andern Bundesstaate niedergelassen hat, kann die Aufnahme in dessen Staatsbürgerrecht nicht versagt werden.

II. Die Staatsangehörigkeit geht verloren durch Entlassung auf Antrag, Ausspruch der Behörde, zehnjährigen Aufenthalt im Auslande, Legitimation und Verheirathung.

a) Die Entlassung behufs Auswanderung ins Ausland kann nur wegen nicht geleisteter Militairpflicht verweigert werden.

---

[6]) Die Reichsgesetzgebung ist in der Ordnung dieser Verhältnisse im Wesentlichen gefolgt dem Preuß. Gesetz v. 31. Dec. 1842 über die Erwerbung und den Verlust der Eigenschaft als Preußischer Unterthan.

[7]) In letzterer Hinsicht ist jetzt maaßgebend das Reichsgesetz über die Beseitigung der Doppelbesteuerung v. 13. Mai 1870.

[8]) Dieser landsassiatus plenus findet sich in Sachsen, Mecklenburg, Baiern, Württemberg sowie in einzelnen Provinzen Preußens; vgl. Reyscher, württemb. Privatrecht I. §. 165. — Haubold, Lehrbuch des k. sächs. Privatrechts §. 391. — v. Rönne, Preuß. Staatsr. I. 2. S. 6. — Roth, Bayr. Civilr. I. §. 26. Note 10.

[9]) S. z. B. R. v. Mohl, württemb. Staatsrecht I. §. 67.

b) Die Staatsangehörigkeit kann von der Centralbehörde des Heimathsstaates entzogen werden, wenn ein Deutscher der Zurückberufung im Kriegsfalle nicht Folge leistet oder ohne Erlaubniß in fremde Staatsdienste tritt.

c) Durch zehnjährigen Aufenthalt im Auslande geht die Staatsangehörigkeit nicht verloren, wenn die Eintragung des Abwesenden in die Matrikel eines Reichsconsulates erfolgt ist.

C. Das Heimathsrecht.

Während vor Errichtung des norddeutschen Bundes in den meisten deutschen Staaten die Niederlassung an einem Orte und die damit verbundene Erwerbung des Rechts auf öffentliche Armenunterstützung auch für Inländer den verschiedenartigsten Beschränkungen unterworfen und dadurch die Abschließung der Gemeinden gegen einander hervorgerufen war, galt in anderen Staaten, namentlich in Preußen, hier auf Grund des s. g. Heimathsgesetzes v. 31. Dec. 1842, das Princip der Freizügigkeit und eine liberale Ordnung der öffentlichen Armenpflege[10]). Dies letztere System ist durch die Reichsgesetzgebung nach dem Vorgange des Preußischen Rechts zur gemeinrechtlichen Geltung gelangt[11]).

I. Das Gesetz über die Freizügigkeit vom 1. Nov. 1867 bestimmt:

a) Jeder Deutsche ist befugt, innerhalb des Bundesgebietes sich an jedem Orte aufzuhalten oder niederzulassen, wo er eine eigene Wohnung oder ein Unterkommen sich verschaffen kann.

b) Die allgemeinen Bedingungen der Freizügigkeit sind Reichsangehörigkeit und Selbständigkeit, und zwar letztere im privatrechtlichen Sinne, so daß nur die für Haussöhne, Bevormundete und Ehefrauen geltenden Beschränkungen zur Anwendung kommen[12]). Ueber Aufenthaltsbeschränkungen bestrafter Personen durch die Polizeibehörde entscheiden die Landesgesetze.

c) Die Besorgniß künftiger Verarmung berechtigt die Gemeinde (bezw. den Armenverband, die Gutsherrschaft) nicht, den Anziehenden abzuweisen; vielmehr muß sie zu diesem Behuf den Nachweis nicht ausreichender Arbeitskraft führen.

---

10) Vgl. Bitzer, das Recht auf Armenunterstützung und die Freizügigkeit. Stuttg. 1863.

11) Fr. Arnoldt, die Freizügigkeit und der Unterstützungswohnsitz. Berlin 1872. — E. Hahn, die Gesetze über den Unterstützungswohnsitz, die Bundes- und Staatsangehörigkeit und die Freizügigkeit. Berlin 1872.

12) Der Begriff der Selbständigkeit ist aus dem Preuß. Gesetze in §. 2. des Reichsgesetzes herüber genommen und darnach, wie es oben geschehen, zu bestimmen; vgl. Arnoldt a. a. O. S. 33.

d) Anzugsabgaben sind von dem Anziehenden nicht zu erheben; andererseits ist er nach dreimonatlichem Aufenthalt zu den Gemeindelasten heranzuziehen, ohne daß das Gesetz über andere Rechtsverhältnisse der Gemeinde zu seinen Gunsten verfügt.

e) Polizeiliche Ausweisung Reichsangehöriger in anderen als in diesem Gesetze vorgesehenen Fällen ist unzulässig[13]).

II. Das Gesetz über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870[14]) enthält die Ergänzung des Freizügigkeitsgesetzes in Beziehung auf die öffentliche Armenpflege. Es entscheidet die Frage, unter welchen Bedingungen der Unterstützungswohnsitz (das Heimathsrecht) erworben wird und welcher Ort unter mehreren, die möglicherweise dabei konkurriren, als solcher anzusehen ist. Als Regel gilt, daß außer wegen Abstammung und Verehelichung der Deutsche den Unterstützungswohnsitz in demjenigen Ortsarmenverbande erwirbt, in welchem er nach zurückgelegtem 24. Lebensjahre zwei Jahre lang ununterbrochen seinen gewöhnlichen Aufenthalt gehabt hat (§. 10).

D. Rechtsverhältnisse der Fremden.

Wenn auch der Fremde (Nichtdeutsche) in einem deutschen Staate keine politischen Rechte in Anspruch nehmen kann und ihm selbst die Wahl des Aufenthaltes nicht unbedingt frei steht, so hat er doch, so weit nicht gesetzliche Ausnahmen besonders begründet sind, in allen privatrechtlichen Beziehungen volle Rechtsfähigkeit und steht unter dem Schutze der Gesetze. In früheren Zeiten waren die Fremden freilich im Zustande der Rechtsunsicherheit und Beschränkung[15]); das geordnete Staatswesen und die internationalen Beziehungen der modernen Welt haben aber eine mildere Rechtssitte begründet. Selbst der Paßzwang ist jetzt im deutschen Reich beseitigt, wenn auch Reichsangehörige wie Ausländer verpflichtet sind, sich auf amtliches Erfordern über ihre Person genügend auszuweisen[16]).

13) Diese weit greifende Bestimmung des §. 12. ist durch den Reichstag in das Gesetz aufgenommen worden; s. Arnoldt a. a. O. S. 69.

14) Dazu die Kommentare von Beutner und G. Herrfurth. (Berlin 1872.), G. Eger (Breslau 1874.) und Wohlers (2. Aufl. Berlin 1880.).

15) Vgl. J. Grimm, Rechtsalterthümer S. 396–402. — v. Maurer, Geschichte der Frohnhöfe II. S. 96—118. — Stobbe, Handbuch I. §. 42. Im Mittelalter finden sich, wenn auch nicht in allgemeiner Geltung a) das s. g. Wildfangsrecht, die Befugniß, Fremde als Hörige zu behandeln, b) das Strandrecht, schon früh als eine Schändlichkeit verboten, vgl. Stobbe a. a. O. II. S. 649 ff., c) das Fremdlingsrecht (droit d'aubaine), die Befugniß, die Verlassenschaft Fremder, die im Lande verstorben, an sich zu ziehen. Mit Letzterem hängt der Abschoß (s. oben Note 1) zusammen, der aber jetzt auch dem Auslande gegenüber durch Reciprocitätsverträge meistens beseitigt ist.

16) Gesetz über das Paßwesen v. 12. Oct. 1867.

Zweites Kapitel.

Die juristischen Personen.*

I. Im Allgemeinen.

§. 65.

Begriff und Arten.

Die Rechtsfähigkeit kommt, wie schon oben (§. 56.) bemerkt worden, nicht nur den einzelnen Menschen zu; sie kann auch mit etwas Anderem verbunden sein, wodurch für das Rechtsleben eine zweite Art von Rechtssubjecten oder Personen gewonnen wird. Solche Personen pflegt man jetzt juristische zu nennen, während sie früher gewöhnlich als moralische oder mystische bezeichnet wurden. Diese Ausdrücke sind aber blos doctrinell, und sollen nur den Gegensatz zu dem physischen Leben der einzelnen Menschen andeuten; Folgerungen, welche nicht anderweitig Rechtfertigung finden, darf man daher aus dieser Benennung nicht ableiten.

Unter der Rechtsfähigkeit, welche den juristischen Personen zukommt, ist im Allgemeinen die Eigenschaft zu verstehen, daß sie selbständige Rechtssubjecte und als solche befähigt sind, die Träger von Rechtsverhältnissen zu sein, also Rechte und Verbindlichkeiten zu haben, so wie überhaupt an den Geschäften Theil zu nehmen und vor Gericht vertreten zu werden. Insofern stimmt ihre Rechtsfähigkeit mit der der einzelnen Menschen überein; aber es bestehen zwischen beiden doch wieder wesentliche Verschiedenheiten, welche sich mit Nothwendigkeit daraus ergeben, daß alle Rechtsverhältnisse, welche mit der physischen Natur und der Familienverbindung einzelner Menschen zusammen hangen, bei den juristischen Personen keine Anwendung finden können. Die Rechtssphäre der Letzteren erscheint dadurch beschränkt, aber sie wird wieder für die wichtigste Art derselben, die Corporationen in analoger Weise erweitert, indem ähnlich wie bei den Statusverhältnissen, ihre verfassungsmäßige Organisation einer besonderen rechtlichen Normirung unterworfen ist und namentlich im

*) Vgl. überhaupt das grundlegende Werk von Otto Gierke: das Deutsche Genossenschaftsrecht 1. B. a. u. d. T. Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft. Berlin 1868. 2. B. a. u. d. T. Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs. 1873. 3. B. a. u. d. T. Die Staats- und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland. 1881. — Ernst Zitelmann, Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen. Leipzig 1873. — Albert Bolze, der Begriff der juristischen Person. Stuttgart 1879. Letzterer leugnet diesen Begriff, obgleich zahlreiche neuere Reichs- und Landesgesetze ihn anwenden und als bekannt voraussetzen.

Falle der Rechtsverletzung einzelner Mitglieder oder gewisser Classen derselben den Gegenstand der richterlichen Entscheidung bilden kann[1]). Ueberhaupt faßt man ihre Rechtsfähigkeit zu eng auf, wenn man sie nur auf die Privatrechtsverhältnisse bezieht, da einzelne Arten derselben sich auch an dem öffentlichen Leben in selbständiger Berechtigung betheiligen können. Die Ansicht, daß die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen nur in der Vermögensfähigkeit bestehe, ist daher so allgemein aufgestellt nicht richtig; auch die Vermögensfähigkeit kann aber wieder für die einzelnen Arten derselben weiter und enger sein[2]), und überhaupt ist deren rechtliche Stellung eine so verschiedene, daß aus dem allgemeinen Princip der Lehre nur mit Vorsicht Rechtsregeln abzuleiten sind, welche für alle gleichmäßig gelten sollen, und die Erwägung des Besonderen nie dabei aus den Augen gelassen werden darf.

Es sind daher zuvörderst die einzelnen Arten der juristischen Personen aufzuführen und kurz zu charakterisiren. Die Umfangslinien lassen sich dabei freilich nicht immer mit solcher Sicherheit ziehen, daß nicht unter Umständen Zweifel bestehen können, ob die eine oder die andere Art — etwa eine Corporation oder eine Anstalt — im einzelnen Fall anzunehmen sei.

I. Der Staat. Dem Staate, welcher das ganze Volk zu einer geordneten Einheit zusammenfaßt, kommt im eminenten Sinne die Eigenschaft einer selbständigen Persönlichkeit zu, welche sich besonders deutlich und bestimmt in den völkerrechtlichen Beziehungen darstellt. Aber auch in den inneren Verhältnissen macht sie sich nicht weniger geltend, als gesetzgeberischer, verwaltender Wille und in Beziehung auf die Vermögensfähigkeit, in welcher der Staat als Fiscus bezeichnet zu werden pflegt[3]).

---

[1]) Vgl. O. Bähr, der Rechtsstaat (Cassel und Göttingen 1864.) S. 34 ff.

[2]) Puchta in Weiske's Rechtslexicon III. S. 68—70. Die Erbfähigkeit aus dem Testamente ist ihnen jetzt aber allgemein einzuräumen; denn wenn dies auch nicht aus Justinian's Verfügung über die Einsetzung der incertae personae hergeleitet werden kann, so hat die Praxis doch eine Regel gewohnheitsrechtlich darüber festgestellt, welche der allgemeinen Stellung der Lehre im modernen Rechtsleben entspricht. Vgl. Mühlenbruch, Pandekten-Commentar XXXIX. S. 442. Das Recht, aus Vermächtnissen zu erwerben, ist auch v. Savigny, System II. S. 306. den juristischen Personen überhaupt einzuräumen geneigt.

[3]) v. Savigny a. a. O. S. 360 ff. — Puchta a. a. O. S. 75. — v. Gerber, über öffentliche Rechte (Tübingen 1852.) S. 14—22. erkennt im Staate nur einen sittlichen Organismus an, und beschränkt seine juristische Persönlichkeit auf die Vermögensverhältnisse. Allein die Rechtsordnung bezieht sich nicht allein auf das Privatrecht. Jene Auffassung, deren es gar nicht bedarf, um die Selbständigkeit der monarchischen Gewalt gegen die falschen Consequenzen aus der Persönlichkeit des Staates zu vertreten, führt nothwendig dahin, das Dasein des Staatsrechts und des Völkerrechts überhaupt zu leugnen. Inzwischen hat

II. Die Corporation d. h. der Verein von Menschen mit einem in der Verfassung gesicherten selbständigen Zwecke, welcher auf die Dauer berechnet ist. Nicht der Collectivbegriff der einzelnen gerade vorhandenen Mitglieder, sondern der Verein als solcher, die Gemeinheit bildet das Rechtssubject.

III. Die Anstalt als juristische Person zur Erreichung bestimmter Zwecke[4]). Als solche erscheinen die Kirche in ihrer selbständigen Rechtsordnung, und ferner die einzelnen Kirchen und kirchlichen Institute als Eigenthümer der Kirchengüter, insofern diese nicht den Gemeinden gehören[5]). Es sind außerdem gewisse, mit juristischer Persönlichkeit versehene Einrichtungen zu öffentlichen Zwecken hier zu nennen, wie unter bestimmten Voraussetzungen die Wittwenversorgungsanstalten, die städtischen Sparkassen und Leihhäuser[6]). Vor Allen wichtig aber ist die Stiftung, welche durch die Hingabe eines Vermögens zur Erreichung eines bestimmten dauernden Zweckes begründet wird. Nicht das Vermögen an sich und nicht der Zweck bilden die juristische Person, sondern die Anstalt, welche durch die Bestimmung des Vermögens zu dem Fundationszwecke errichtet wird.

IV. Die ruhende Erbschaft (hereditas jacens). Für die juristische Persönlichkeit derselben, welche nach römischem Rechte wohl nicht zu bezweifeln ist, war nach dem deutschen Rechte, welches die Erbschaft mit dem Anfall auf den Erben übergehen ließ, kein Bedürfniß vorhanden, und ein solches fehlt auch jetzt noch da, wo der Grundsatz gilt: der Todte erbt den Lebendigen. Ueberhaupt aber ist die Bedeutung dieser Einrichtung durch die freiere Entwickelung der Stellvertretung und das Institut der Testamentsvollzieher im neueren Rechte sehr vermindert worden; auf die Stellung der juristischen Person nach deutschem Rechte hat sie keinenfalls einen bestimmten Einfluß ausgeübt.

V. Auch die Grundstücke sind in Beziehung auf die mit ihnen verbundenen Realrechte und die Grundlasten zu den juristischen Personen gezählt worden. Allein eine solche Personification von Sachen entspricht weder der römischen noch der deutschen Rechtsanschauung, welche durch eine gelegentliche bildliche Bezeichnung solcher Verhältnisse nicht bewiesen wird. Auch

---

v. Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts S. 2. Note 1. erklärt, seine frühere Auffassung zum Theil geändert zu haben.

4) Vgl. Gierke a. a. O. II. §. 37.

5) Richter, Kirchenrecht (5. Aufl.) §. 301. — In dieser Beziehung kann auch die Pfarre als Eigenthümerin der Pfarreigüter die Eigenschaft einer juristischen Person haben, welche dem Amte an sich nicht beizulegen ist; vgl. Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 11. §. 772 ff.

6) Vgl. Pfeiffer, in der Zeitschr. für deutsches Recht IX. Nr. 12. — Seuffert IV. Nr. 5. VI. Nr. 135.

fehlt dazu bei der Ausbildung, deren der Begriff der Zubehörung fähig ist, und der selbständigen Stellung der Grundlasten das Bedürfniß[7]).

Unter den aufgeführten Arten der juristischen Personen sind für das Privatrecht die Corporation und die Stiftung von hervorragender Bedeutung und diese werden in der folgenden Darstellung allein berücksichtigt werden[8]). Ehe jedoch auf das Einzelne eingegangen wird, ist die Frage über die Entstehung der juristischen Person im Allgemeinen zu erörtern.

§. 66.

Entstehung der juristischen Personen.

Es ist eine sehr verbreitete Ansicht, daß juristische Personen nur auf einer Fiction beruhen, eine künstliche Existenz haben, welche ihnen allein durch den Willen der Staatsgewalt beigelegt werden könne. Zwar wird schon eine gewisse thatsächliche Grundlage vorausgesetzt, damit der Staat seine Schöpfung zu Stande bringe: bei der Corporation die Mehrheit von Personen, welche sich zu einem gemeinsamen Wirken vereinigen will; bei der Stiftung die Vermögensmasse, welche für den bestimmten Zweck dargebracht worden ist. Aber es sollen dies eben nur die thatsächlichen Voraussetzungen sein, an welche der Staat seine Fiction anknüpft, wozu die ältere Theorie jedesmal eine ausdrückliche Erklärung desselben wie bei der Ertheilung von Privilegien für unumgänglich nöthig hielt[1]), während man später annahm, daß es auch stillschweigend durch

---

[7]) Dem Vorgange von A. Heise, Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts (3. Aufl. Heidelberg 1819.) S. 25. Note 15. in der Personification der Grundstücke ist meines Wissens allein Böcking, Pandekten §. 62. Note 9. gefolgt. Vgl. Puchta, in Weiske's Rechtslexikon III. S. 66. Nur in der neueren Hypothekengesetzgebung ist der Versuch gemacht worden, die Selbständigkeit des Pfandrechts auf diese Weise zu begründen; s. unten §. 103.

[8]) Die neuere Gesetzgebung hat das Recht der juristischen Personen nur fragmentarisch, mit Beziehung auf einzelne Arten derselben behandelt; nur in Sachsen ist die wichtige Lehre principiell geordnet worden, s. das bürgerliche Gesetzbuch §. 52—57. und das Gesetz, die juristischen Personen betreffend, vom 15. Juni 1868 (bei Goldschmidt, Zeitschr. für das Handelsr. XIII. S. 201 ff.). In Baiern ist dagegen durch das Gesetz, die privatrechtliche Stellung von Vereinen betreffend, vom 29. April 1869. eine besondere Kategorie von anerkannten Vereinen geschaffen, welche sich von den Handelsgesellschaften und Wirthschaftsgenossenschaften dadurch unterscheiden, daß sie nicht auf Erwerb oder Geschäftsbetrieb gerichtet sind. Vgl. Roth, Bayr. Civilrecht I. §. 44. — Hauser in Goldschmidt's Zeitschr. XIV. S. 341—68.

[1]) Leyser, meditt. ad pand. Sp. 54. med. 2. 3. — Zachariae, liber quaestion. X. §. 3. — Thibaut, System I. §. 130. Es wird hier freilich durchweg nur von den Corporationen gehandelt, aber die allgemeine Begründung führt auf die juristischen Personen überhaupt zurück.

wissentliche Duldung und thatsächliche Anerkennung geschehen, ja daß die Staatsgenehmigung für eine ganze Classe juristischer Personen durch eine Rechtsregel ausgesprochen werden könne[2]).

Daß nun diese Lehre nach einem positiven Rechte so ausgebildet sein kann, ist keinem Zweifel unterworfen; allein in einer solchen Beschränkung werden jene Sätze meistens nicht aufgestellt, sondern ganz allgemein als sich von selbst verstehend vorgetragen, so daß die Möglichkeit einer abweichenden Rechtsbildung nicht einmal zugegeben wird. Diese Auffassung der Sache hat aber nicht nur ein wissenschaftliches Interesse, sondern sie ist auch von unmittelbar praktischer Bedeutung; denn wenn sich darthun läßt, daß juristische Personen nicht nothwendig auf einer vom Staate ausgehenden Fiction beruhen, daß sie vielmehr auch ohne dessen Zuthun selbständig entstehen können, so ist auch ein näheres Eingehen auf die Frage, wie es sich hiermit nach deutschem Rechte verhält, nicht zu umgehen. Denn die Berufung auf das römische Recht ist bei der Feststellung einer Lehre, welche staatsrechtlicher Natur ist, an sich nicht gerechtfertigt[3]); sie würde aber im vorliegenden Falle gerade gegen das Princip der nothwendigen Begründung der juristischen Persönlichkeit durch den Staat Zeugniß geben, weil nach neueren Untersuchungen eine solche spezielle Verleihung bei den Römern gar nicht stattgefunden zu haben scheint[4]).

I. Betrachten wir nun einmal jene Behauptung, daß eine juristische Person nur durch den Staatswillen entstehen könne, (denn so muß die Regel gefaßt werden, wenn es sich um eine Fiction handelt) erst ganz im Allgemeinen, so liegt doch sogleich der Einwand sehr nahe, woher denn die

---

[2]) Mühlenbruch, Beurtheilung des städtischen Beerbungsfalls S. 140—214. Pandekten-Commentar XI. S. 1—14. — v. Savigny, System II. S. 236. 275—79. — Puchta, im Rechtslexicon III. S. 67. 68.

[3]) Dies ist noch verkannt worden von Pfeiffer, Zeitschr. für deutsches Recht IX. S. 472. Ebenso unbegreiflich ist es, wie Mühlenbruch, Commentar a. a. O. S. 14. sagen kann, die im Text behandelte Frage sei durch das canonische Recht entschieden, welches ausdrücklich bestimme, daß eine Genossenschaft die Rechte einer juristischen Person erst durch höhere Genehmigung erhalten könne. Als wenn das Kirchenrecht des Mittelalters unser heutiges Staatsleben noch beherrschte! Ueber den kirchlichen Ursprung der Fictionslehre s. Gierke, Genossenschaftsrecht III. S. 279 ff.

[4]) Cf. Th. Mommsen, de collegiis et sodaliciis Romanorum §. 12. 17. — Unger, in der kritischen Ueberschau VI. S. 152 ff. A. M. ist Gierke a. a. O. III. §. 4. Allein sollte nicht für corporative Verbände auch ohne ausdrückliche staatliche Anerkennung das Genossenschaftsrecht seine Kraft bewährt haben? Selbst in späteren Einrichtungen ließe sich dann ein Nachklang uralter Rechtsanschauung erkennen. An sich widerrechtliche Vereine zu dulden, scheint mir nicht römisch gedacht.

juristische Persönlichkeit des Staates selbst ihre rechtliche Begründung gewonnen habe? Darauf wird man nicht erwiedern können, die juristische Persönlichkeit betreffe nur die Vermögensfähigkeit, diese stelle im Staate der Fiscus dar, welcher von der schon constituirten Staatsgewalt angeordnet sei. Denn die Vermögensfähigkeit bildet eben nur die eine Seite der selbständigen Persönlichkeit, und für den Staat nicht einmal die überwiegend wichtige; man darf sich also den Staat nicht schon als gesetzt denken, um durch ihn die Existenz des Fiscus d. h. eines Theils seines Organismus zu erklären [5]).

II. Es kommt ferner in Betracht, daß sich schon vor der Ausbildung einer concentrirten Staatsgewalt, z. B. bei der altgermanischen Stammesverfassung und auch noch im späteren Mittelalter corporative Einrichtungen in selbständiger Haltung finden, welche dem Staate vorhergegangen sind, und durch seinen Willen nicht erst haben begründet werden können, und in der That auch nicht begründet worden sind [6]).

III. Es ist daher einfach eine petitio principii, wenn man die juristische Person schon ihrem Begriff nach als eine Fiction der Staatsgewalt bezeichnet; sie kann auch auf dem Wege der natürlichen Rechtsbildung neben den einzelnen Menschen entstehen, indem die Möglichkeit dazu durch die ganze politisch-sociale Anlage eines Volkes gegeben ist. Statt der Rechtsregel, welche für einzelne Arten der juristischen Personen ihre staatliche Anerkennung soll anticipiren können, macht sich dann ein allgemeines Rechtsprincip geltend, welches wir namentlich für die Corporationen im Associationsgeiste der Deutschen wirksam finden [7]).

---

[5]) Inzwischen hat Gerber diese Deduction in der That gewagt; s. oben §. 65. Note 3. und Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. N. F. XII. S. 196. Wie er aber diese Selbstsetzung der Vermögensfähigkeit des Staates geschichtlich vor sich gehen läßt, ist aus seiner Abhandlung nicht zu entnehmen; es wird doch wohl auf eine generatio aequivoca dabei hinauskommen.

[6]) Gegen diese Argumentation wendet Gerber a. a. O. ein, sie beruhe auf einer Verwechslung. Gemeinden, Markgenossenschaften, Zünfte und Gilden seien freilich in Deutschland nicht durch Akte einer Staatsgewalt ins Leben gerufen worden; aber solche Rechtsverhältnisse könnten längst thatsächlich bestanden haben, bevor die juristische Natur derselben zum klaren Bewußtsein gekommen, und ihre Forderungen für zukünftige Anwendungsfälle zur Geltung gebracht worden seien. Allein nur auf die Existenz jener Vereine als juristischer Personen ohne Zuthun der Staatsgewalt kommt es hier an; nicht auf die mehr oder weniger klare Auffassung ihrer juristischen Natur und auf ihre Bedeutung für zukünftige Anwendungsfälle. Es handelt sich hier um die rechtliche Möglichkeit der autonomen Entstehung juristischer Personen, nicht um die freie Entschließung des modernen Staates bei der Ordnung dieser Verhältnisse.

[7]) Vgl. Elvers, theoretisch-praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit, insbesondere juristischer Personen (Göttingen 1827.)

IV. Indessen läßt es sich doch auch nicht verkennen, daß sich der Staat in seiner modernen Gestaltung den juristischen Personen und ihrer Entstehung gegenüber nicht gleichgültig verhalten kann. Ein Recht der Kenntnißnahme, der Oberaufsicht und der Verhinderung ist ihm nicht zu entziehen, und wenn es sich um Institute handelt, welche das öffentliche Interesse unmittelbar berühren, und namentlich in die Staatsverfassung hinübergreifen, so ist für deren Begründung die ausdrückliche Anerkennung von Seiten des Staats für nothwendig zu halten. Auch kommt die Ansicht, welche durch stillschweigende Duldung und thatsächliche Anerkennung die ausdrückliche Genehmigung ersetzen läßt, im Wesentlichen zu demselben Resultate. Die Thätigkeit, welche die Staatsgewalt bei der Begründung juristischer Personen ausübt, erscheint darnach nicht mehr als die eigentlich bestimmende, wie man es bei der Annahme einer Fiction vermuthen sollte, sondern sie nimmt die Natur einer polizeilichen Genehmigung an; das jus constituendi wird zum jus confirmandi, und zwar mit der Zulassung des stillschweigenden Consenses. Daraus folgt schon, daß die juristischen Personen nicht nothwendig durch den Willen der Staatsgewalt geschaffen werden; nur die offene Anerkennung des Prinzips fehlte noch, welche aber aus allgemeinen rationellen Gründen gewiß nicht verweigert werden kann.

V. Für Deutschland enthalten die einheimischen Quellen des gemeinen Rechts, welche über diese Frage allein entscheiden können, keine Vorschriften, welche das vorher aufgestellte allgemeine Princip als unanwendbar erscheinen ließen; das Volksrecht ist demselben vielmehr entschieden günstig, wenn auch der moderne Staat den ihm gebührenden Einfluß geltend zu machen weiß[8]). Der Umstand, daß dieser Einfluß nach der Gesetzgebung

---

S. 195 ff. — Beseler, Volksrecht und Juristenrecht S. 169 ff. — Böcking, Pandekten §. 63. Note 1.

[8]) Ueber die Ansichten der älteren Jurisprudenz vgl. Gierke, Genossenschaftsrecht III. S. 724. Während die Errichtung von Stiftungen ohne die Verleihung der Rechtsfähigkeit schon bei der Erörterung des Städelschen Erbfalls vertreten worden war, konnte ich mich für die Anwendung dieses Princips auf die Corporationen in der ersten Auflage nur auf Klüber, öffentliches Recht §. 360. (280.) berufen. Seitdem hat sich die richtige Ansicht in weiteren Kreisen Bahn gebrochen, s. Schüler in den jurist. Abhandlungen und Rechtsfällen von Ortloff u. s. w. I. Nr. 5. §. 8. — Reyscher, Zeitschrift für deutsches Recht XIII. S. 387 ff. — Bluntschli, deutsches Privatrecht §. 37. — Unger, in der kritischen Ueberschau VI. S. 153. — Arndts, Lehrbuch der Pandekten §. 44. — Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I. §. 60 — Fitting, krit. Vierteljahrschr. I. S. 585—86. — Demelius, Jahrbücher für Dogmatik IV. S. 137—38. — O. Bähr, der Rechtsstaat S. 28. — Seuffert XIV. Nr. 199. — Vgl. auch die Reichsgesetze betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften v. 4. Juli 1868 und betreffend die Commanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesell-

oder doch der Praxis mancher Staaten die vorher beschriebenen Grenzen überschritten hat, so daß die Entstehung der juristischen Personen unbedingt von der höheren Genehmigung, der Ertheilung von Corporationsrechten u. s. w. abhängig gemacht ist, genügt noch nicht, um daraus ein gemeinrechtliches Princip abzuleiten; auch findet sich der entgegengesetzte Grundsatz partikularrechtlich schon früher anerkannt[9]). — Indessen wird sich später noch die Gelegenheit finden, für einzelne Arten der juristischen Personen auf diese Frage zurückzukommen; hier mag nur noch zum Schluß bemerkt werden, daß in Deutschland die Anerkennung oder Genehmigung, wo sie überhaupt nöthig, von der Executivgewalt zu ertheilen ist; ob aber unmittelbar vom Souverän oder von den Ministerien oder andern Behörden, sei es des Staates oder der Gemeinde, die in weniger wichtigen Fällen wohl damit betraut werden könnte, das ist nach der besonderen Verfassung der einzelnen Staaten zu entscheiden[10]).

II. Die Corporation.

§ 67.

Princip und Bedeutung.

Die Vereinigung mehrerer Menschen zu gemeinsamen Zwecken läßt das römische Recht in zwiefacher Art geschehen. Entweder bleibt die ursprüngliche Trennung der Rechtssubjecte bestehen, welche nur vorübergehend, sei es zufällig oder durch Vertrag zu einer Gemeinschaft verbunden sind, so daß immer nur ein Collectivwille Mehrerer, nie aber ein davon zu unterscheidender selbständiger Wille der Gesammtheit vorliegt, und die Rechte und Pflichten der Einzelnen nach bestimmten, wenn auch nur arithmetischen oder ideellen Theilen von einander unterschieden

---

schaften v. 11. Juni 1870. — K. Sächsisches Gesetz v. 15. Juni 1868. §. 6. „Vom Beginn der Wirksamkeit des gegenwärtigen Gesetzes an erfolgt die nach §. 52. des bürgerl. Gesetzbuchs erforderliche Staatsanerkennung folgendermaßen: a) für milde Stiftungen und Anstalten, welche zu dauernden kirchlichen, mildthätigen oder gemeinnützigen Zwecken selbständig errichtet sind, genügt hierzu die Genehmigung der Stiftung oder Anstalt und ihres Zweckes durch die competente Verwaltungsbehörde. Stiftungen und Anstalten oder Vermögenscassen, welche anderen Zwecken dienen, bedürfen der ausdrücklichen Anerkennung als juristische Person Seitens der gedachten Behörde. b) Personenvereine (Genossenschaften) erlangen die juristische Persönlichkeit durch den Eintrag in das §. 70. vorgeschriebene Genossenschaftsregister."

9) Vgl. Baumeister, das Privatrecht der freien und Hansestadt Hamburg. I. §. 9.

10) Es ist eine Ausnahme, wenn die Preuß. V. U. bestimmt: Art. 13. „Die Religions-Gesellschaften, sowie die geistlichen Gesellschaften, welche keine Corporationsrechte haben, können diese Rechte nur durch besondere Gesetze erlangen."

sind. Das ist die communio, als obligatorische societas oder communio incidens. Oder die Vereinigung selbst ist zu einem selbständigen Rechtssubjecte geworden, welches die Stellung einer juristischen Person einnimmt, diesen Begriff aber in einer solchen Schärfe und Consequenz verwirklicht, daß nur die Gesammtheit als solche berechtigt und verpflichtet erscheint, die einzelnen Mitglieder derselben aber nur insofern in Betracht kommen, als sie das Substrat der Gesammtheit sind und diese verfassungsmäßig vertreten. Zwischen einer solchen Verbindung, universitas genannt, und der communio ist nach römischem Rechte keine Vermittlung; es liegt entweder das eine oder das andere Verhältniß vor [1]).

Nach deutschem Recht ist dieser schroffe Gegensatz nicht vorhanden. Der Associationsgeist hat hier nicht allein jene extremen Institute ausgebildet, welche auch das römische Recht kennt, sondern das zwischen ihnen liegende Gebiet mit einer großen Menge verschiedenartiger Vereinigungen bedeckt, bei denen eine gewisse Vermischung jener beiden Institute der Universitas und Communio durchgeführt worden ist. Um diese verschiedenartig gestalteten deutschrechtlichen Vereine unter bestimmte Rechtsbegriffe zu bringen, bedarf es eines Aussonderungsprocesses; es

---

[1]) Diesen unvermittelten Gegensatz von universitas und communio habe ich zum Ausgangspunkt meiner Darstellung der Lehre von den Genossenschaften gemacht, indem ich, abgesehen von der Frage über die Entstehung der juristischen Personen, für das deutsche Recht nach zwei Seiten hin eine Abweichung nachzuweisen suchte: 1. in der Universitas kann durch das selbständige Sonderrecht der Mitglieder die ausschließliche Berechtigung der Gemeinheit am Vermögen beschränkt und modificirt werden, also Einwirkung des Princips der Communio; 2. in der Communio kann über die Linien des römischen Rechts hinaus eine gewisse Selbständigkeit und Dauer der Gemeinschaft begründet werden, also Einwirkung des Princips der Universitas. Das letztere Verhältniß ist jetzt wohl allgemein anerkannt, wenn es auch in verschiedener Weise formulirt wird; das Erstere findet noch immer einen entschiedenen Widerspruch. Indessen haben neuerdings R. Schmid (Archiv für civ. Praxis XXXVI. S. 164 ff.) und Unger (Krit Ueberschau VI. S. 174 ff.) auch in ersterer Beziehung den Gegensatz geleugnet, indem sie sich besonders auf die Stellung der societates publicanorum, welche sie für Corporationen halten, berufen haben. Mir wäre es nun sehr erwünscht, schon im römischen Rechte eine Bestätigung meiner Ansicht zu finden; doch scheint mir die Lehre von den Publicanengesellschaften noch nicht so gesichert, um bestimmte Folgerungen daraus ableiten zu können; s. C. Salkowski, quaestiones de jure societatis praecipue publicanorum. Regiom. 1859. und Rösler bei Goldschmidt, Zeitschr. für Handelsr. IV. S. 282—96., welcher jene Gesellschaften regelmäßig nicht als Corporationen anerkennt, und gewiß mit Recht gegen Schmid behauptet, daß die Publicanen dem Staate mit ihrem eigenen Vermögen verhaftet gewesen sind. Cf. Alex. D. Xenopolus, D. de societatum publicanorum Romanorum historia ac natura. Berol. 1871.

muß festgestellt werden, welche von ihnen als Vereine mit juristischer Persönlichkeit, also als Corporationen zu betrachten sind, und welche auf diese Eigenschaft keinen Anspruch machen können. Für die Corporationen sind dann gewisse leitende Grundsätze aufzustellen, während das Recht der übrigen Vereine nach ihrer besonderen Gestaltung abzumessen ist. Hier ist nun zunächst von den Corporationen zu handeln; die Uebergänge zu denselben und die verwandten Institute werden später (§. 70.) berücksichtigt werden.

I. Die Corporation hat eine selbständige Persönlichkeit, welche sie als ein eigenes Rechtssubject, verschieden von der Gesammtzahl ihrer einzelnen Mitglieder erscheinen und im Rechtsleben sich bethätigen läßt. Hier findet sich also das Merkmal der juristischen Person, wie bei der römischen universitas, nur unterscheidet sich von dieser das Institut in der deutschen Auffassung dadurch, daß die juristische Person nicht nothwendig allein und ausschließlich in demselben sich geltend macht, sondern eine selbständige Berechtigung der einzelnen Mitglieder im Verein neben sich duldet, welche namentlich in Beziehung auf die Vermögensverhältnisse von Wichtigkeit ist. Eine solche Combination widerspricht an sich gar nicht dem Begriff der juristischen Persönlichkeit, welche durch das Sonderrecht der Mitglieder in ihrer Wirksamkeit nur beschränkt, aber nicht aufgehoben wird, und es ist daher willkührlich und unbegründet, wenn man sie nur in der Form der römischen universitas für möglich hält. Auf der andern Seite ist es aber nicht durchaus nothwendig, daß dieser Begriff nach deutschem Recht durch das Sonderrecht der Mitglieder modificirt wird; er kann auch hier rein zur Anwendung kommen, wie z. B. bei der Gemeinde, welche keine für die Benutzung der einzelnen Bürger bestimmten Gemeindegüter hat, regelmäßig der Fall sein wird[2]).

II. Die selbständige Persönlichkeit der Corporation macht sich zunächst in ihren rechtlichen Beziehungen nach außen hin geltend, indem sie als selbständiges Rechtssubject auftritt, regelmäßig mit einem eigenen Namen und Siegel versehen und befugt ist, sich durch einen Syndicus vor Gericht vertreten zu lassen[3]). Außerdem hat die Corporation als solche an ihrem Vermögen, wenn auch nicht immer das volle Eigenthum, so doch jedenfalls gewisse Proprietätsrechte, durch welche die Sonderrechte der einzelnen Mitglieder beschränkt und zusammengehalten werden, und in ihren obligatorischen Verhältnissen erscheint sie als allein berechtigt

---

[2]) Dies ist von C. Weiske, prakt. Untersuchungen III. S. 113 ff. bei der von ihm aufgestellten Unterscheidung zwischen einer römischrechtlichen und deutschrechtlichen Corporation übersehen worden.

[3]) Leyser, meditt. ad pand. Sp. 54. med. 2. 3. — Thibaut, System des Pandektenrechts I. §. 132. — Zachariae, liber quaest. X. 19.

und verpflichtet, so daß die einzelnen Mitglieder nicht unmittelbar und nicht über ihre verfassungsmäßigen Einschüsse und Beiträge wegen der Schulden verhaftet sind[4]).

III. Aber es ist, wie oben (§. 65.) gezeigt worden, nicht allein diese vermögensrechtliche Seite, welche bei der Corporation das juristische Interesse darbietet, wie es ja auch in der Familie nicht allein die Güterverhältnisse sind, welche vom Rechte erfaßt werden. Andererseits ist es nicht allein die juristische, sondern auch die sittliche, politische, wirthschaftliche Seite des Instituts, welche für die wissenschaftliche Betrachtung bedeutend erscheint[5]). Um die ganze Erscheinung in ihrer allgemeinen Natur und in ihren besonderen Formen gehörig würdigen zu können, ist es vor Allem nöthig, daß man sich das gesammte corporative Leben zur Anschauung bringt, und namentlich den Zweck, zu dessen Erreichung solche Vereine sich gebildet haben, klar erkennt. In diesen Beziehungen findet nun freilich die größte Mannichfaltigkeit der Absichten und Bestrebungen statt; bald wird eine Mehrheit von Interessen, welche sich über verschiedene Verhältnisse verbreiten, durch die Corporation befriedigt, bald ist es nur ein vereinzelter Zweck, welcher durch sie erreicht werden soll. Im Allgemeinen aber wird man annehmen müssen, daß es sich um ein Ziel handelt, welches kein blos vorübergehendes Interesse gewährt, sondern, soweit es menschlichen Dingen überhaupt vergönnt ist, den Charakter der Dauer an sich trägt[6]). Damit ist dann zugleich gesagt, daß die Mittel zur Erreichung dieses Zweckes in gewisser Weise gesichert erscheinen müssen, und daß also die Ausstattung der Corporation mit einem Vermögen, mag es in einem Stammvermögen oder in verfassungsmäßig gesicherten Beiträgen der Mitglieder bestehen, zu deren regelmäßigen Voraussetzungen zu rechnen ist.

IV. Die Corporation mit einer Mehrheit von Interessen wird sich in der Regel als eine öffentliche darstellen und mit der Gemeinde zusammenfallen; vereinzelte Zwecke pflegen dagegen von Privatcorporationen erstrebt zu werden[7]), doch greift dieser Unterschied nicht für

---

[4]) Pfeiffer, in der Zeitschr. für deutsches Recht IX. S. 455—56. Eine Ausnahme bilden die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, wenn man diese zu den Corporationen zählt, s. unten §. 70. Note 23.

[5]) In dieser Beschränkung ist den Bemerkungen Gerber's, Zeitschr. für Civilrecht und Proceß N. F. XII. S. 198 ff. beizustimmen.

[6]) Man hat die Aufstellung dieses Erfordernisses mit recht trivialen Gründen bemängelt; daß ausnahmsweise durch Gesetz oder Statut die Corporation auf eine bestimmte Dauer beschränkt werden kann, habe ich natürlich nie bezweifelt.

[7]) Reyscher, Zeitschr. für deutsches Recht XIII. S. 386. nimmt Anstoß an der Bezeichnung von Privatvereinen als Corporationen oder Körperschaften; aber

alle Fälle durch, und es empfiehlt sich daher eine andere Eintheilung der Corporationen in Gemeinden und in solche, welche keine Gemeinden sind, und welche als Genossenschaften bezeichnet werden können.

§. 68.

Rechtliche Stellung und Verfassung der Corporationen.

Die Ansicht, daß den Corporationen als juristischen Personen zwar die Rechts- und namentlich die Vermögensfähigkeit zukomme, daß sie aber nur auf einer Fiction beruhen, und daher als künstlich geschaffene, blos in der Idee existirende Rechtssubjecte zu betrachten seien, hat zu manchen unhaltbaren Folgerungen geführt[1]). Von besonderer Wichtigkeit ist die daraus abgeleitete Lehre, daß den Corporationen die Fähigkeit zu selbständigen Willensbestimmungen und also auch zu Handlungen abgehe, daß sie vielmehr wie Unmündige unter einer sie vollständig vertretenden Vormundschaft stehen, welche durch die Verfassung angeordnet wird, und bald von bestimmten Vorstehern und Behörden, bald von sämmtlichen Mitgliedern geführt wird[2]). Der Gegensatz zu dieser Auf-

---

sowohl nach römischem und englischem wie nach deutschem Sprachgebrauch erscheint der Ausdruck gerechtfertigt.

[1]) Ich denke hier namentlich an das von Brinz aufgebrachte Zweckvermögen, welches Demelius (Jahrbücher für Dogmatik IV. Nr. 2.) bei jeder Corporation personificirt werden, Bekker (Goldschmidt, Zeitschr. für Handelsrecht IV. S. 557—62.) bei der Aktiengesellschaft die Stelle der juristischen Person vertreten läßt. Vgl. auch Randa, Archiv für deutsches Wechselrecht XV. Nr. 1. S. dagegen Renaud, das Recht der Actiengesellschaften S. 115 ff. — Unger (krit. Ueberschau VI. S. 166 ff.) weicht der Consequenz des Begriffes aus, indem er Fictionen des Rechts (praktische) und der Rechtswissenschaft (theoretische) unterscheidet. Vgl. Zitelmann, Begriff und Wesen der s. g. juristischen Personen §. 2—20. — Gierke, Genossenschaftsrecht III. S. 131.

[2]) Mit besonderer Schärfe ist diese Ansicht durchgeführt bei v. Savigny, System II. S. 282—84. und in der weiteren Darstellung der Lehre. Wie dieselbe sich auf Grund des römischen und canonischen Rechts im Mittelalter ausgebildet hat, zeigt in ausführlicher Entwickelung Gierke im 3. Bande seines Werkes. Freilich stimmte die Theorie des Mittelalters nicht genau mit der hier bekämpften überein, indem sie die Willens- und Handlungsfähigkeit der Corporation, namentlich ihre Autonomie, ihre Verhaftung wegen Verbrechen anerkannte und überhaupt dem Einfluß des germanischen Rechts sich nicht ganz verschloß. Diese Theorie ist nun freilich mit dem fremden Rechte von den Juristen, soweit sie es durchsetzen konnten, in Deutschland recipirt worden und hat, auch abgesehen von der Kirche, das deutsche Rechtswesen vielfach beherrscht. Aber der Einfluß der Juristen und der Büreaukratie ist doch nicht stark genug gewesen, um das corporative Leben in Deutschland zu unterdrücken. Im Volksrecht hat sich die germanische Rechtsanschauung vielfach lebendig erhalten und, wenn auch häufig latent, ihre Kraft bewährt. Dem vierten Bande von Gierke's Werke wird es vorbehalten sein, als Fortführung

fassung ist schon oben (§. 66.) angedeutet worden, indem bei der Frage über die Entstehung der juristischen Personen darauf hingewiesen ward, daß es sich hier wie bei der Ausbildung des Staatswesens im Volke nicht nothwendig und ursprünglich von einer blos künstlichen, willkührlichen Schöpfung handelt, sondern daß sich dabei die natürliche Kraft menschlicher Triebe geltend macht, welche sich zu einer freien Organisation zusammen faßt, und darin ein neues, eigenthümliches Leben begründet. Bei der Stiftung, welche ganz in die anstaltliche Einrichtung aufgeht, kann dieser Gedanke freilich überall nicht durchgeführt werden; aber bei der Corporation, welche aus einer Mehrheit von Individuen gebildet wird, und diese im Wechsel der Zeiten und der Generationen durch ihren Zweck und deren Verwirklichung im Rechtsleben zusammenhält, stellt sich die Sache anders dar. Freilich werden sich auch hier nach dem Umfange und der Bedeutung der verschiedenen Corporationen, nach dem ihnen im Allgemeinen angewiesenen Rechtsgebiete, nach ihrer rechtlichen Stellung im öffentlichen Leben, ja nach dem Geiste und der Entwickelung des genossenschaftlichen Elements bei den verschiedenen Völkern überhaupt sehr erhebliche Unterschiede geltend machen, wie denn die Lehre von der Bevormundung der Corporationen als Unmündiger bei uns sich in einer Zeit ausgebildet hat, wo dem deutschen Wesen fast jede freiheitliche Entfaltung versagt war. Aber wie im Mittelalter dieses selbständige corporative Leben, welches die Gesammtheit und die einzelnen Mitglieder und Behörden erfüllt, ohne von ihnen in individueller Subjectivität bestimmt zu werden, die schönste Blüthe des Gemeinwesens war, so hat es auch in neuester Zeit für Deutschland seine frühere Bedeutung wieder erlangt, nur daß es jetzt in den höheren Ideen des Staates und der bewußten Nationalität seine Grenze und sein letztes Ziel gesetzt findet. Was aber so im Volke lebt und auch durch die moderne Gesetzgebung begünstigt und vertreten wird, das muß wieder auf die Jurisprudenz zurückwirken, und ihr den Weg zeigen, den sie bei der Behandlung dieser Lehre zu nehmen hat.

Die Corporation ist kein unmündiges, künstlich geschaffenes Gedankending, welchem jede freie Beschlußnahme, jede Willensfähigkeit versagt ist. Ich nehme, um dieses zu beweisen, auf dasjenige Bezug, was früher von der *Autonomie* gesagt worden ist; vgl. oben §. 26—28. Wenn jene Darstellung in ihrem Grundgedanken und ihren Einzelheiten nicht ganz falsch ist, — und ich meine, sie hat ihre positive Begründung gefunden; — so ist die bewußte Rechtserzeugung in der Corporation selbst

---

seiner Darstellung III. §. 14. die germanischen Elemente des Corporationsrechts für das heutige gemeine Recht zu verwerthen.

und also auch ihre Willensfähigkeit so wenig wie die des Staates in Abrede zu stellen. Daher durfte auch das Mittelalter die von seinen höchsten gesetzgeberischen Organen, dem Kaiser und dem Papste anerkannte Regel aufstellen, daß von Corporationen Verbrechen begangen werden können[3]). Der Gedanke, daß eigentlich die Corporation in ihren Angelegenheiten die willensfähige, handelnde Person ist, wenn sie auch äußerlich einer Vertretung bedarf, spricht sich in den Vorschriften neuerer Gesetzgebungen, namentlich über das Verhältniß der Repräsentanten zu der Corporation[4]) und über die Stellung der Actienvereine im Rechtsleben[5]) klar und entschieden aus. — Es liegt daher auch kein Grund vor, die einigen Corporationen verliehenen jura minorum mit der älteren Theorie auf alle Corporationen auszudehnen, auch abgesehen von der anomalischen Natur dieser Rechtswohlthaten, welche ihre anologe Uebertragung nicht gestattet[6]).

Wenn also auch der Corporation Willens- und Handlungsfähigkeit beizulegen ist, so versteht es sich doch von selbst, daß sie einer bestimmten Organisation bedarf, um ihren Willen fassen und aussprechen, und überhaupt handelnd auftreten zu können. Diese Organisation bildet die Verfassung der Corporation, welche, wenn sie nicht durch allgemeine Gesetze oder gewohnheitsrechtlich festgestellt worden, in den Statuten geordnet ist. Die Grundlage der verfassungsmäßigen Gewalt ist dann regelmäßig der ursprünglichen Anlage nach die Gesammtheit der vollberechtigten Corporationsglieder, welche als die unmittelbaren Träger der selbständigen Persönlichkeit erscheinen. Doch ist es selten angemessen

[3]) Cap. 4. de censibus in 6[to] (3, 20.) — Auth. Item nulla und Item quaecunque C. de episcopis et cleric. (1, 3.) — Aur. Bulla cap. 15. §. 4. — R. K. G. O. v. 1555. Th. II. Tit. 10. §. 1. Vgl. L. 9. §. 1. D. quod metus c. (4, 2.) — Cap. 5. de sentent. excommun. (5, 11.) steht nicht entgegen, da es nur die Strafe der Excommunication ausschließt. Vgl. überhaupt Sintenis, de delictis et poenis univers. Servestae 1825. — Mühlenbruch, doctr. pand. I. §. 197. — Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts (12. Ausg.) §. 28. Note des Herausgebers. — Gierke a. a. O. III. S. 218. 342. 402. 491. Dem heutigen Rechtsbewußtsein ist diese Auffassung des Mittelalters fremd; doch kommen noch jetzt Fälle vor, in denen die Gemeinde wegen Verschuldung ihrer Beamten und Vertreter civilrechtlich verhaftet ist; vgl. die Entscheidungen bei Seuffert I. Nr. 166. III. Nr. 257. IV. Nr. 203. Aehnlich verhält es sich mit Entschädigungsansprüchen gegen Eisenbahngesellschaften. Vgl. Reichs-Haftpflichtgesetz v. 7. Juni 1871. — R. O. H. G. XII. Nr. 23. — Bolze, der Begriff der juristischen Personen S. 148 ff.

[4]) Vgl. z. B. Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 6. §. 114—36. — K. Sächs. Gesetz v. 15. Juni 1868. §. 18—28.

[5]) Pr. Gesetz v. 9. Nov. 1843. — H. G. B. Art. 207—49.

[6]) Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 254 ff. Vgl. Seuffert I. Nr. 404. V. Nr. 249. VI. Nr. 138.

oder auch nur möglich, daß die Corporation nur in der Plenarversammlung vertreten und alle Geschäfte von sämmtlichen Mitgliedern versehen werden (universitas inordinata im Gegensatz zu der universitas ordinata); selbst in den kleineren Landgemeinden und bei solchen Genossenschaften, deren Verhältnisse einfach und leicht zu übersehen sind, pflegen doch besondere Vorsteher vorzukommen, welche wenigstens die laufenden Geschäfte besorgen. Bei bedeutenderen Genossenschaften mit einem größeren Geschäftsbetriebe, findet sich schon ein eigentlicher Behördenorganismus, so daß der Generalversammlung nur die wichtigeren Beschlüsse und besonders die Wahlen vorbehalten zu sein pflegen. In größeren Gemeinden endlich und namentlich in den städtischen sind selbst nach den freieren Verfassungen den Urversammlungen nur die Wahlen überlassen, indem im Uebrigen das politische Princip der Repräsentation durch Abgeordnete und selbständige Behörden (Stadtverordnete — Stadtrath) seine Anwendung findet[7]).

Im Einzelnen besteht aber noch eine große Mannichfaltigkeit verfassungsmäßiger Einrichtungen, deren Darstellung hier nicht gegeben werden kann. Nur über einen Punkt ist eine genauere Erörterung anzustellen, indem nämlich untersucht wird, welches Stimmenverhältniß nöthig ist, um einen gültigen Corporationsbeschluß zu Stande zu bringen. Ob dann noch unter Umständen ein neues Moment und namentlich die Bestätigung des Beschlusses durch die Staatsbehörde hinzukommen muß, um demselben seine volle Wirksamkeit zu geben, ist hier nicht weiter zu berücksichtigen, auch wird im Allgemeinen vorausgesetzt, daß jede Versammlung um deren Beschlußnahme es sich handelt, nur innerhalb ihres verfassungsmäßigen Wirkungskreises thätig ist, und diesen nicht eigenmächtig überschreitet[8]).

Ueber das Stimmenverhältniß entscheidet nun zunächst die Verfassung jeder einzelnen Corporation, wie sie durch Gesetz, Autonomie oder Herkommen festgestellt worden ist. Nur für Fälle, wo diese Rechtsquellen keine Auskunft geben, ist eine gemeine Theorie aufzusuchen, über welche aber sehr abweichende Ansichten bestehen.

I. Die Meinung, daß gültige Corporationsbeschlüsse im Zweifel nur einstimmig gefaßt werden können[9]), ist dem Rechtsverhältniß der

---

[7]) Vgl. Bluntschli, deutsches Privatrecht §. 41.

[8]) Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 331 ff., der mit Recht die Auffassung tadelt, als ob stets der Gesammtheit der Mitglieder die absolute Herrschaft über die Corporation zukomme.

[9]) Pfeiffer, die Lehre von den juristischen Personen S. 94. — In besonderen Fällen, namentlich bei der Familiengenossenschaft des hohen Adels ist freilich die Einstimmigkeit nothwendig; s. unten §. 178.

Gesellschaft entlehnt, und widerspricht, in dieser Allgemeinheit aufgestellt, durchaus dem Wesen corporativer Einrichtungen und ihrer thatsächlichen Erscheinung im Rechtsleben.

II. Man hat die im römischen Recht für die Decurionenversammlung erlassene Vorschrift allgemein auf deutsche Corporationen zur Anwendung bringen wollen. Es sollen sämmtliche Mitglieder geladen, zwei Drittel erschienen sein, und unter diesen die Majorität der Stimmen entscheiden. Diese an sich unhaltbare Ansicht, welche indessen früher entschieden die gemeine war, ist in der Praxis nicht durchgedrungen, und in neuerer Zeit auch von der Theorie aufgegeben worden[10]).

III. Endlich eine dritte Ansicht verlangt als Regel die absolute Majorität der Stimmen von sämmtlichen Corporationsgliedern, und läßt nur für die laufenden Geschäfte, welche nothwendig abgemacht werden müssen, relative Stimmenmehrheit gelten, hält dagegen in gewissen Fällen ausnahmsweise Einstimmigkeit für nöthig. Dieses Letztere nämlich

1. wenn den Corporationsgliedern neue Verpflichtungen und Lasten auferlegt werden sollen, deren Grund nicht in dem bisher bestandenen Corporationsverhältniß lag;

2. wenn allen Mitgliedern oder doch einer gewissen Classe derselben Rechte, die ihnen verfassungsmäßig zustehen, entzogen werden sollen;

3. wenn es sich um die Aufhebung der Corporation handelt[11]).

Diese Darstellung enthält viel Richtiges; sie entspricht aber doch, wie die unbefangene Beobachtung corporativer Verhältnisse im Rechtsleben ergiebt, nicht ganz dem bestehenden Volksrecht und ist darnach in folgender Weise zu modificiren.

a) Für die laufendenden Geschäfte, zu deren Erledigung gewöhnlich bestimmte Versammlungen festgesetzt sind, entscheidet die Mehrheit der abgegebenen Stimmen, und zwar nöthigenfalls die relative Mehrheit, obgleich man wo möglich eine absolute zu erlangen suchen muß, die sich bei der richtigen Leitung auch regelmäßig wird erreichen lassen [12]).

---

[10]) v. Langenn und Kori, Erörterungen prakt. Rechtsfragen II. S. 3 ff. — Mackeldey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts (10. Ausg.) I. §. 143. — v. Savigny, System II. S. 336 ff. — Seuffert XIV. Nr. 200.

[11]) v. Langenn und Kori a. a. O. S. 1—34. Es wird hier freilich nur von den Gemeinden gesprochen, aber die rechtliche Begründung kann doch auf alle Corporationen bezogen werden. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 304 ff., wo die von Kori aufgestellte Lehre mit einigen Modificationen angenommen ist. — Reyscher, in der Zeitschr. für deutsches Recht XVI. S. 177 ff.

[12]) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 6. §. 51. „Die inneren Angelegenheiten einer Corporation werden durch Berathschlagungen und Schlüsse der Mitglieder angeordnet. §. 62. Die Schlüsse der Gesellschaft werden nach der Mehrheit der Stimmen abgefaßt. §. 52. Bei gewöhnlichen Vorfällen, und in den ein für allemal

b) Auch in außerordentlichen Fällen genügt die absolute Mehrheit der in der Versammlung abgegebenen Stimmen; doch bedarf es hier der gehörigen Ladung sämmtlicher Mitglieder, welche auch durch öffentliche Blätter geschehen kann, und einer Anzeige von den zur Verhandlung kommenden Gegenständen. Ist dies geschehen, so darf angenommen werden, daß die ausgebliebenen Mitglieder, indem sie sich für dieses Mal ihres Stimmrechts begeben haben, durch den gefaßten Beschluß gebunden sind[13]). Eine Vertretung durch Bevollmächtigte, wie sie sonst in Privatrechtsverhältnissen möglich, ist im Allgemeinen nicht für zulässig zu halten.

Diese Regeln betreffen aber zunächst die formelle Seite der Beschlußnahme durch Abstimmung; es kommt jedoch noch in Betracht, daß dieselbe auch aus materiellen Gründen in ihrer Wirksamkeit beschränkt sein kann, und darauf beziehen sich die drei von Kori aufgestellten Ausnahmsfälle[14]).

c) Die Corporation kann nur gültige Beschlüsse fassen über ihre eigenen Angelegenheiten; über die Rechte Dritter kann sie nicht verfügen. Diesen sind aber diejenigen Rechte gleichzustellen, welche die Mitglieder der Corporation als solche, seien es nun alle oder eine Classe derselben oder einzelne, selbständig inne haben, und die ihnen als wohlerworbene Rechte nicht ohne ihre Zustimmung entzogen werden können (jura singulorum)[15]). Wenn über Rechte dieser Art ein Corporationsbeschluß gefaßt werden soll, so bedarf es dazu, falls nicht von Staats wegen gesetzlich eingeschritten wird, der Zustimmung der Betheiligten, und wenn dies alle Corporationsglieder sind, der Einstimmigkeit.

---

dazu bestimmten Versammlungen entscheidet der Schluß der in dieser Versammlung gegenwärtigen Mitglieder."

[13]) A. a. O. §. 53. „Bei außerordentlichen Vorfällen, deren Verhandlung in den Stiftungsgesetzen den ordinairen Versammlungen nicht beigelegt ist, müssen sämmtliche Mitglieder ausdrücklich eingeladen werden. §. 54. Ist bei der Einladung zu solchen außerordentlichen Versammlungen zugleich der Gegenstand der Berathschlagung angezeigt worden: so können die erscheinenden Mitglieder, ohne Rücksicht auf ihre Anzahl, einen gültigen Beschluß abfassen." — K. Sächs. Gesetz v. 15. Juni 1868. §. 23. Vgl. Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 163. — Beseler, Volksrecht und Juristenrecht S. 183. — Seuffert XXIX. Nr. 212.

[14]) Ueber diese Entscheidung und überhaupt über die Beschlußnahme in den Angelegenheiten einer Corporation finden sich lehrreiche Belege in der Verfassung der deutschen Bundesversammlung; s. B. A. Art. 6–8. — W. S. A. Art. 6. 12. 15. 16. Genauere Erörterungen darüber s. bei Ad. Dörr, Beiträge zur Lehre von der Organisation der Bundesregierung, in der Zeitschr. für deutsches Recht VII. S. 243–318.

[15]) Ich verzichte darauf, hier eine genauere Erklärung der jura singulorum zu geben; dieselben tragen bei den verschiedenen Arten der Corporationen und selbst in der individuellen Ausbildung dieser Rechtsverhältnisse einen verschiedenen Charakter an sich, wenn auch die rechtliche Wirkung im Allgemeinen dieselbe ist. Auch die Abhandlung von Gaudlitz – Haubold, de finibus inter jus singu-

d) Die Corporation hat eine bestimmte ihr angewiesene Rechtssphäre, für die sie gegründet ist, — welche zwar bald weiter bald enger gezogen, bald eine Mehrheit von Zwecken, bald nur einen vereinzelten in sich schließt, über welche hinaus sich aber ihre verfassungsmäßige Wirksamkeit nicht erstreckt. Soll diese überschritten werden, so ist dazu ein neuer constituirender Act nöthig, der aber, auch abgesehen von anderen Erfordernissen, z. B. der Staatsgenehmigung, nur durch den einhelligen Beschluß der Versammlung erfolgen kann. Das gilt streng genommen auch von der Verwendung des Vermögens zu solchen der Corporation ursprünglich fremden Zwecken, und nicht allein von Beiträgen, welche dazu ausgeschrieben werden [16]).

e) Die Auflösung einer Corporation kann in allen Fällen, wo ein unmittelbares öffentliches Interesse mit ihr verbunden ist, nur unter Zustimmung der Staatsregierung geschehen; außerdem aber setzt sie den einhelligen Beschluß der Versammlung voraus, wenigstens insofern die Möglichkeit der Fortführung durch die Minoriät gegeben ist, und diese sich auch dazu bereit erklärt. Denn daß sie durch die Verweigerung der Auflösung gegen die Mehrheit den indirecten Zwang ausüben könne, in der Corporation zu bleiben, läßt sich nicht behaupten, — vorausgesetzt nämlich, daß der freie Austritt nicht überhaupt ausnahmsweise beschränkt ist [17]).

lorum et universitatis regundis. Lips. 1804. (und bei Haubold, opuscul. vol. II.) beschäftigt sich doch vorzugsweise nur mit den Rechtsverhältnissen in der Gemeinde. Vgl. überhaupt Pfeiffer, Zeitschr. für deutsches Recht IX. S. 456—60. — Seuffert XIII. Nr. 129. XXI. Nr. 202. und unten §. 69. 82—84.

[16]) Die Fassung des preußischen Landrechts hat wohl auf die gemeinrechtliche Theorie eingewirkt; s. Th. II. Tit. 6. §. 64. „Zu neuen Beiträgen, die weder in der Stiftungsverfassung noch in den allgemeinen Gesetzen des Staats gegründet sind, ist die Einwilligung aller Mitglieder erforderlich. §. 65. Sind jedoch dergleichen Anlagen zur Erfüllung des Zwecks der Corporation, oder einer von ihr vorhin schon rechtsgültig übernommenen Verbindlichkeit nothwendig: so muß auch in dergleichen Angelegenheiten die geringere Zahl der Mehrheit der Stimmen sich unterwerfen. §. 66. In keinem Fall können neue Anlagen ohne Vorwissen und Genehmigung des Staates gemacht werden. §. 67. Was von neuen Verträgen (l. Beiträgen) verordnet ist, gilt auch von Erhöhung der bisher nur gewöhnlichen."

[17]) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 188. Vgl. Unger, kritische Ueberschau VI. S. 176—78. — Bluntschli, deutsches Privatr. §. 43. — Puchta, in Weiske's Rechtslexicon III. S. 72—73., will die Aufhebung der Corporation auch nicht durch einhelligen Beschluß zulassen, theils weil auch die natürliche Person nicht auf ihre Persönlichkeit verzichten könne, theils weil die juristische Person überhaupt keinen Willen habe. Ueber den letzten Punkt ist schon früher gehandelt worden; was aber den ersten betrifft, so zeigt sich hier, wie bedenklich die zu schroffe Durchführung der Analogie auch in den Rechtsverhältnissen wirkt; sonst könnte man wohl den Einwurf machen, ob denn auch bei der Corporation ein Selbstmord unbedingt zu verhindern sei, selbst wenn er in anderer Weise, als durch den Austritt aller einzelnen Mitglieder versucht würde.

Natürlich aber bleibt den anderweitig Betheiligten jeder Rechtsanspruch an das Vermögen und gegen die Mitglieder namentlich wegen betrügerischer Handlungsweise derselben erhalten, wenn auch ein privatrechtlicher Anspruch auf die Fortdauer der Corporation von außen her sich nicht leicht wird begründen lassen[18]). Das Corporationsvermögen fällt aber, wenn es nicht vor der Auflösung gültig aufgetheilt worden und wenn allein die Corporation als juristische Person Rechte daran hatte, als bonum vacans an den Fiscus; hatten aber auch die Mitglieder selbständige Sonderrechte daran, wie sie im Gesammteigenthume sich darstellen, so tritt zu ihren Gunsten eine Consolidation ein, und sie bekommen nun die Güter zum privativen Eigenthum[19]). Das Nähere hierüber und über die damit verwandte Frage bei der Auftheilung der Gemeindegüter kann aber erst später vorgetragen werden[20]).

§. 69.

Die Gemeinde.

Die Gemeinde ist ein integrirender Theil des Staatsorganismus und deswegen von überwiegend politischer Bedeutung. Denn indem sie sich über einen bestimmten Bezirk des Staatsgebiets erstreckt, erfaßt sie alle Bewohner desselben, so daß sowohl für diese wie für die Grundstücke die Exemtion von dem Gemeindeverbande als die Ausnahme von der Regel erscheint. Damit ist aber nicht gesagt, daß alle Bewohner oder auch nur alle selbständigen Hausväter in der Gemeinde nothwendig ein gleiches Recht haben. Selbst nach neueren Gemeindeordnungen wird

---

18) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 181. „Auch unter Genehmigung des Staats kann zum Nachtheile eines Dritten, der ein gegründetes Recht auf der Fortdauer der Corporation zu bestehen, nachzuweisen vermag, die Aufhebung derselben nicht erfolgen."

19) Vgl. Mühlenbruch, Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls S. 65. — Unger a. a. O. S. 178—79. — Windscheid, Pandektenrecht I. §. 62. — H. G. B. Art. 245. — K. Sächs. Gesetz v. 15. Juni 1868. §. 34. Daß übrigens vor der Auflösung der Corporation das Vermögen unter den Mitgliedern vertheilt werden kann, wird von den meisten unter Berufung auf L. 3. D. de coll. et corp. (47, 22) angenommen, worüber zu vergleichen Marezoll in Löhr's Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung IV. S. 207—12. und überhaupt Göschen, Vorlesungen I. §. 65. — Pfeiffer, Zeitschr. für deutsches Recht IX. S. 453. In der That ist vom privatrechtlichen Standpunkte aus auch nichts gegen die allgemeine Fassung der Regel einzuwenden; das öffentliche Interesse kann aber ein Einschreiten der Staatsgewalt zu dessen Wahrung rechtfertigen; s. das Erkenntniß des O. A. Gerichts zu Cassel bei Seuffert XIII. Nr. 207.

20) S. im Allgemeinen Pr. A. L. R. a. a. O. 189. 202. — Th. I. Tit. 17. §. 311—61. — Vgl. unten §. 83. Note 11. und §. 84.

zwischen dem vollen Bürgerrecht und dem Schutzverhältniß der Einwohner unterschieden, und noch mehr war dies in älteren Zeiten der Fall, wo die Landgemeinde in ihrer ursprünglichen Verfassung auf der vollen Berechtigung an der gemeinsamen Feldmark begründet war, und aus diesen agrarischen Verhältnissen vorzugsweise ihre Bedeutung herleitete[1]), während in den Städten Anfangs die Herrschaft der Geschlechter bestand, und nach deren Sturz oder Beschränkung sich vor Allem der Einfluß der Handwerkerzünfte geltend machte[2]). Dieser trug dann namentlich dazu bei, in den gewerblichen Verhältnissen (der bürgerlichen Nahrung) eine besondere Berechtigung zu begründen, welche außer der Theilnahme am politischen Communalwesen vorzugsweise das städtische Bürgerthum von dem platten Lande unterschied. Daher sind gerade die Auftheilung der Gemeindegüter und die Einführung der Gewerbefreiheit diejenigen Ereignisse, welche am meisten darauf hinwirken, sowohl den schroffen Gegensatz von Stadt und Land, der den politischen und socialen Verhältnissen der Gegenwart nicht mehr entspricht, allmählich zu verwischen, als auch die Gemeinden selbst einer freieren, wahrhaft staatlichen Entwickelung immer mehr zugänglich zu machen[3]). Darin aber liegt die allgemeine politische Bedeutung der Gemeinde und das unterscheidende Merkmal ihrer besonderen Aufgabe von der der übrigen Corporationen, daß sie nicht einen mehr oder weniger vereinzelten Zweck verfolgt, sondern die Bestimmung hat, alle Beziehungen des öffentlichen Lebens, soweit sie in dieser bestimmten Sphäre selbständig sich entwickeln und ihre Befriedigung finden können, in sich aufzunehmen, und der freien Selbstverwaltung des Volkes zuzuführen. Es sind daher nicht allein die rein

---

[1]) G. Hanssen, Ansichten über das Agrarwesen der Vorzeit in Falck's neuem staatsbürgerlichen Magazin III. S. 77—126. VI. S. 1—51. — Ders., agrarhistorische Abhandlungen. Leipzig 1880. — G. Waitz, deutsche Verfassungsgeschichte I. (3. Aufl.) S. 97—143. 201—37. — K. Sternberg, hessische Rechtsgewohnheiten Heft I. — Michelsen, von der bauerschaftlichen Meentverfassung in Dithmarschen, Zeitschrift für deutsches Recht VII. S. 89—110. — v. Löw, die Markenverfassung. Heidelberg 1829. — G. L. v. Maurer, Einleitung zur Geschichte der Mark-, Hof-, Dorf- und Stadtverfassung. München 1849. — Ders., Geschichte der Markenverfassung in Deutschland. Erlangen 1856. — Ders., Geschichte der Fronhöfe, der Bauernhöfe und der Hofverfassung in Deutschland. 4 Bde. Erlangen 1862—63. — Ders., Geschichte der Dorfverfassung in Deutschland. 2 Bde. Erlangen 1865—66. — Fr. Thudichum, die Gau- und Markverfassung in Deutschland. Gießen 1860. — G. Beseler, der Neubruch (Symbolae Bethmanno-Hollwegio oblatae.) Berlin 1868. — Gierke, das deutsche Genossenschaftsrecht I. §. 7—10. 20—25. 52. 53. II. §. 8—18.

[2]) Vgl. Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte III. §. 432. und die zahlreichen und gediegenen neueren Untersuchungen über die Verfassungsgeschichte der deutschen Städte, s. oben §. 44. Nr. II.

[3]) Beseler, Volksrecht und Juristenrecht S. 216—24.

ökonomischen Angelegenheiten der Gemeinde, welche sie beschäftigen, sondern auch das Schul- und Armenwesen ist ihr untergeben; desgleichen die Lokalpolizei, wo sie nicht der Staatsverwaltung vorbehalten worden; selbst das Kirchenpatronat und die niedere Gerichtsbarkeit kann Gemeindesache sein. In allen diesen Beziehungen steht die Gemeinde aber unter der Oberaufsicht der Staatsgewalt, und auch die Autonomie macht sich jetzt, anders wie bei den Genossenschaften, gerade hier nur noch ausnahmsweise und in sehr beschränkter Weise geltend. Und mit Recht. Denn die Freiheit der Gemeinden führte im Mittelalter zur Zersplitterung und Ueberhebung; dagegen soll das moderne Staatsprincip schützen, indem es das Recht des Ganzen wahrnimmt und die einzelnen Glieder demselben, soweit es nöthig ist, unterordnet.

Aus dem Angeführten aber ergiebt sich, daß das Recht der Gemeinden der Theorie des Staatsrechts zu überweisen ist. Nur derjenige Theil desselben, welcher einen privatrechtlichen Charakter an sich trägt, ist dem Civilrecht vorzubehalten und wird später auch in diesem Systeme berücksichtigt werden[4]). Hier ist nur in Beziehung auf die Frage, was als Gemeindesache anzusehen ist, und inwiefern die processualische Vertretung der Gemeindeglieder durch die Gemeinde stattfinden kann, Folgendes zu bemerken[5]).

I. In Angelegenheiten, welche nur die Corporation als solche betreffen, ist diese allein betheiligt.

II. Gemeindeglieder können als solche, d. h. weil sie dem Gemeindeverbande angehören oder in der Markung dieser Gemeinde Grundstücke besitzen, in bestimmter Weise berechtigt und verpflichtet sein. Rechtsverhältnisse dieser Art sind Gemeindesachen, insofern sie durch die Stellung der Einzelnen zur Corporation bedingt sind, und auch diese ein mittelbares Interesse an denselben nimmt. Es ist daher die processualische Vertretung der Gemeindeglieder durch die Gemeinde in diesem Fall begründet und zwar nicht nur dann, wenn alle Gemeindeglieder[6]), sondern auch wenn nur einzelne Classen derselben betheiligt erscheinen[7]).

[4]) S. unten §. 83–84. Ausführlich handelt über Geschichte und Verfassung der Gemeinden Bluntschli, deutsches Privatrecht §. 35–38. Vgl. auch Renaud, deutsches Privatrecht I. §. 181 ff. und über das geltende Gemeinrecht Gierke a. a. O. I. §. 57–59. II. §. 34–36.

[5]) Vgl. Schüler, in den jurist. Abhandlungen und Rechtsfällen von Ortloff u. s. w. I. Nr. 5. 6. — Reyscher, in der Zeitschr. für deutsches Recht XVI. Nr. 3. 10.

[6]) Seuffert I. Nr. 1. vgl. S. 151. IX. Nr. 256. XI. Nr. 124. XIV. Nr. 63. XVI. Nr. 97. XVII. Nr. 4. XXI. Nr. 11. XXII. Nr. 249. XXVIII. Nr. 103. XXXII. Nr. 106.

[7]) Schüler a. a. O. S. 279 ff. (Seuffert I. Nr. 313.) — Seuffert XII. Nr. 229. (Weiderechte einer Schlächterzunft betreffend) XIV. Nr. 6. XV. Nr. 205. XXIII. Nr. 107.

III. Innerhalb einer Gemeinde können sich selbständige Genossenschaften finden, welche als juristische Personen constituirt sind, und als solche eine selbständige processualische Vertretung ausüben[8]).

IV. Es handelt sich um Rechtsverhältnisse der Einzelnen, ohne Rücksicht auf ihre Eigenschaft als Gemeindeglieder. Dann liegt auch keine Gemeindesache vor[9]).

§. 70.

Die corporative Genossenschaft.

Die eigenthümliche Stellung, welche die Gemeinden einnehmen, unterscheidet sie bestimmt von den übrigen Corporationen, und wenn es auch unter Umständen zweifelhaft erscheinen kann, welches Institut eben vorliegt, so wird die genauere Analyse der Rechtsverhältnisse doch immer zu einer sicheren Entscheidung führen. So erscheint z. B. in Preußen die Kreisverfassung als eine erweiterte Gemeindeordnung, während da, wo etwa noch eine besondere ritterschaftliche Corporation besteht, eine solche Ausdehnung des Gemeindeverbandes nicht angenommen werden kann. Betrachtet man ferner den Deichverband, so hat er das mit der Commune gemein, daß er in regelmäßiger Wirksamkeit einen ganzen Bezirk umfaßt; aber er unterscheidet sich wieder von derselben durch den bestimmten Zweck, für welchen er errichtet worden, der die ganze Thätigkeit und Aufgabe der Corporation erfüllt.

Diejenigen Corporationen nun, welche nicht zu den Gemeinden gehören, habe ich die Genossenschaften genannt. Das Wort kann freilich auch in einem weiteren Sinne genommen werden. Ein neuerer Schriftsteller hat unter demselben alle organischen Gliederungen mit Einschluß des Staates zusammengefaßt, welche sich ihm als die Grundlagen des öffentlichen Rechts darstellen[1]), und ich habe früher selbst den Ausdruck für alle diejenigen Vereine gebraucht, welche in mannichfacher Gestaltung auf dem Gebiete der deutschen Association zwischen der reinen Universitas und Communio sich bewegen[2]). Später schien sich aber eine schärfere Abgrenzung der Begriffe zu empfehlen, um den Vortheil einer

[8]) Schüler a. a. O. S. 293 ff. (Seuffert I. Nr. 314.)

[9]) Schüler a. a. O. S. 318 ff. (Seuffert I. Nr. 316.) — Seuffert XIV. Nr. 63.

[1]) O. Bähr, der Rechtsstaat S. 18—44. Auch Gierke, das deutsche Genossenschaftsrecht faßt unter der Genossenschaft sämmtliche corporativen Verbände mit Einschluß der Gemeinde zusammen.

[2]) Beseler, die Lehre von den Erbvertr. I. S. 75 ff. Im Wesentlichen auf diesem Standpunkte stehen noch Wolff, Lehrbuch des deutschen Privatrechts I. §. 64 ff. — Bluntschli, deutsches Privatrecht §. 33 ff.

festeren Rechtsentwickelung zu gewinnen, und diese Erwägung führte dazu, diejenigen Genossenschaften, welche Corporationen sind, den Gemeinden gegenüber zu stellen, und auf sie ausschließlich die Bezeichnung anzuwenden[3]). Allein wenn man sich auch über die Terminologie verständigt hat, so liegen in der Sache selbst noch große Schwierigkeiten, welche theils durch die Reichhaltigkeit und Verschiedenartigkeit des Stoffes, mit dem man es zu thun hat, hervorgerufen werden, theils in Folge der Verwahrlosung, welche die Lehre in der früheren Jurisprudenz und Gesetzgebung gefunden hat, entstanden sind. Ueber die romanistische Theorie hinweg muß unmittelbar an das germanische Volksleben angeknüpft werden, um den Associationsgeist der Nation in dieser Richtung und Gestaltung wissenschaftlich zu begreifen.

Die Genossenschaft ist nun zuvörderst von denjenigen Vereinen und Gemeinschaften zu unterscheiden, welche über das Maaß der obligatorischen Societät hinausgehen, und ein gewisses corporatives Element in sich tragen, mit diesem durchwachsen sind, ohne doch als Corporationen ausgebildet zu sein. Das unterscheidende Merkmal für diese Aussonderung ist die juristische Persönlichkeit des Vereins: wo diese fehlt, ist eine Genossenschaft in dem vorher bezeichneten Sinne nicht anzunehmen.

A. Es findet unter Mehreren eine materielle Rechtsgemeinschaft statt, welche für bestimmte Beziehungen die Grenzen ihrer Persönlichkeit aufhebt, und dieselbe gleichmäßig über die ihnen gemeinsam gewordene Rechtssphäre erweitert, ohne daß jedoch ein neues, selbständiges Rechtssubject in der Vereinigung begründet wird. Ein solches Rechtsverhältniß, welches als die gesammte Hand, Gesammthand passend bezeichnet wird[4]), stellt sich dar, wenn Mehrere ihre Güter zu Einem Vermögen zusammen legen, wie es bei der alten Vergabung von Todeswegen vorkam (s. unten §. 143.); es findet sich ferner bei der Gütergemeinschaft der Ehegatten (s. unten §. 128.), der gesammten Hand im Lehenrecht (s. unten §. 160.), der Gauerbschaft[5]), der Rhederei (s.

---

[3]) Beseler, Volksrecht und Juristenrecht Kap. 6. Vgl. Budde, in Schneider's kritischen Jahrbüchern 1845. S. 36–40 Mißverständnisse, die noch jetzt vorkommen, (s. z. B. Renaud, das Recht der Actiengesellschaften 2. Aufl. (Leipzig 1875.) S. 146. veranlassen mich, diesen Umstand besonders hervorzuheben. — In der dritten Auflage des Systems habe ich unter Berücksichtigung der großen Bereicherung, welche der Corporationslehre in der neueren Litteratur zu Theil geworden ist, Manches besser entwickeln und begründen können, auch in der Anordnung des Stoffs Einiges geändert. Zu wesentlichen Abweichungen von meinen früheren Ansichten habe ich mich aber nicht veranlaßt gesehen.

[4]) Kuntze, in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht IV. S. 208 ff. — Stobbe, in der Zeitschrift für Rechtsgesch. IV. S. 207 ff.

[5]) S. Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. S. 81 ff. Die Ganerbschaft ist, wie andere dieser Gemeinschaften, bald für eine Universitas erklärt worden, s.

unten §. 261.). Auch die auf der Gemeinschaft des Grundbesitzes beruhenden Anfänge mancher Landgemeinden mögen sich ursprünglich in einem solchen Verhältnisse befunden haben, obgleich doch schon in der Markgenossenschaft die Einzelnen zu einer Gemeinheit mit corporativer Selbständigkeit zusammengefaßt erscheinen. — Von der Corporationslehre ist also die Gesammthand auszuschließen; aber das Rechtsinstitut läßt sich doch in wichtigen Beziehungen nur dann richtig construiren, wenn man es nach dem Vorbilde der Corporation beurtheilt. Die Lehre von dem Gesammteigenthum und den einzelnen hierher gehörigen Instituten, namentlich der ehelichen Gütergemeinschaft, wird davon Zeugniß geben.

B. Es giebt deutschrechtliche Vereine, welche im Allgemeinen dem römischen Societätsbegriff entsprechen, bei denen sich aber doch eine entschiedene Hinneigung zur Corporation nicht verkennen läßt, so daß eigenthümliche, dem römischen Rechte fremde Institute dadurch hervorgerufen sind. Die Handelsgesellschaften unter einer Firma, mit der Möglichkeit der Fortdauer bei dem Wechsel der Mitglieder und mit einem besonderen Societätsvermögen bieten ein Beispiel solcher Gesellschaftsformen dar, deren unbefangene rechtliche Beurtheilung das Handelsgesetzbuch jetzt gesichert hat.

Solchen Rechtsgemeinschaften und gesellschaftlichen Vereinen gegenüber nehmen nun die Genossenschaften mit juristischer Persönlichkeit (die corporativen Genossenschaften[6]) ihre festabgeschlossene Stellung ein. Die wichtigsten Arten derselben sind folgende:

a) Die Familiengenossenschaft des hohen Adels, s. unten §. 175.

b) Die Markgenossenschaft und die andern agrarischen Genossenschaften in oder neben der politischen Gemeinde; s. oben §. 69. Note 1. und unten §. 83.

c) Die Wasser- und Wiesengenossenschaften der Grundbesitzer (z. B. die friesischen Sielachten) zur Bewässerung und Entwässerung eines Bezirkes, s. unten §. 200.[7]).

d) Der Deichverband, s. unten §. 201.

Maurenbrecher, Lehrbuch des deutschen Privatr. I. §. 173 a. E., bald für eine Communio, s. Duncker, das Gesammteigenthum S. 152.

[6]) Gierke a. a. O. II. §. 32. 35. 36. Vgl. Großherzoglich Sächs. Berggesetz v. 1857. §. 21. (s. unten §. 204. Note 7). — K. Sächs. Gesetz v. 15. Juni 1868. §. 10. „Personenvereine, welche die Rechte einer juristischen Person erlangen wollen (Genossenschaften), müssen ein schriftliches Statut errichten."

[7]) Von einer wie es scheint uralten Genossenschaft handelt: A. Emminghaus, die Murgschifferschaft in der Grafschaft Eberstein im unteren Schwarzwalde. Jena 1870.

e) Die Gilden, Aemter, Innungen, Zünfte der Handwerker, s. unten §. 218.

f) Die Gewerkschaft im Bergrecht und die Pfännerschaft, s. unten §. 204. 209.

g) Der Actienverein, s. unten §. 232. 233.

h) Die Versicherungsvereine und Wittwenkassen, s. unten §. 116. 221.

i) Die Banken- und Kreditvereine, s. unten §. 103. 228.

k) Vereine zu religiösen, künstlerischen, wissenschaftlichen und socialen Zwecken, die s. g. Erholungsgesellschaften u. s. w.

I. Die rechtliche Natur der meisten der angeführten Genossenschaften darf im Allgemeinen als wissenschaftlich festgestellt angesehen werden; sie sind als Corporationen zu beurtheilen, und wo etwa noch Zweifel darüber bestehen, wird sich später bei den einzelnen Instituten die Gelegenheit einer eingehenden Erörterung finden. Auch bei den Versicherungsvereinen und Wittwenkassen ist die corporative Verfassung als die gewöhnliche Form anzunehmen, sie ist aber nicht nothwendig mit solchen Vereinen verbunden, da sie auch als bloße Gesellschaften, die Wittwenkassen auch als Anstalten mit juristischer Persönlichkeit constituirt sein können. Die Grenzen zwischen den letzteren und den Genossenschaften sind überhaupt nicht immer ganz scharf zu ziehen, wie es sich auch bei den Universitäten zeigt, bei denen jedoch die corporative Seite überwiegt.

II. Auch die unter k) angeführten Vereine können als Corporationen vorkommen, aber es besteht keine Regel dafür, und im Zweifel muß daher ihre rechtliche Natur festgestellt werden. Die ältere Jurisprudenz war hier leicht fertig, indem sie die Entscheidung in die Staatsgenehmigung setzte, und in der That können diejenigen, welche sie für die Entstehung der juristischen Person für nothwendig halten, einen Verein, dem die Staatsgenehmigung fehlt, nie als Corporation gelten lassen; sie müssen für ihn vielmehr eine andere Construction suchen, welche dann auch wohl auf den Actienverein ausgedehnt worden ist.

a) Einige haben statt der juristischen Person eine collective oder juristische Personeneinheit angenommen[8]). Allein diese Auffassung, welche etwa für die Verhältnisse der Gesammthand zutreffen möchte, reicht für alle Formen der hier in Frage stehenden Vereine und namentlich für den Actienverein nicht aus; sie beruht auf dem oben besprochenen Irrthum,

---

[8]) Dieck, in der allg. Encyclopädie Bd. 26. S. 492. — Wolff, Lehrbuch des deutschen Privatr. I. §. 77. — J. Weiske, prakt. Untersuchungen III. S. 162—66. — Jolly, in der Zeitschr. für deutsches Recht XI. Nr. 10. — Brinckmann, Handelsrecht I. §. 36. 39. — S. dagegen Renaud, das Recht der Actiengesellschaften S. 142 ff. — Ueber die Substituirung des Zweckvermögens s. oben §. 68. Note 1.

daß die juristische Person nur unbeschränkt und ohne selbständige Sonderrechte der Mitglieder, wie in der reinen Universitas vorkommen kann.

b) Andere glauben mit der römischen Societätslehre ausreichen zu können, indem sie Modificationen derselben annehmen, welche das Wesen derselben aufheben, ohne doch die eigenthümliche Gestaltung der deutschen Genossenschaft: ihre corporative Organisation, die Herrschaft der Majoritätsbeschlüsse juristisch zu erfassen[9]).

III. Einer eingehenden Erörterung bedarf die Frage, welche Momente denn die entscheidenden sind, um im Falle des Zweifels zu bestimmen, ob ein Versicherungsverein, eine Erholungsgesellschaft und ähnliche Vereine als Corporationen anzuerkennen sind oder nicht.

Bei einer solchen Untersuchung muß man sich zuvörderst davon überzeugen, ob die allgemeinen Erfordernisse einer juristischen Person und namentlich die einer Corporation im einzelnen Fall wirkich vorhanden sind, denn auf den Namen allein ist kein entscheidendes Gewicht zu legen. Besonders muß man auf die Art und Weise, wie der Verein ins Leben getreten ist, aufmerksam sein. Ist dies nicht auf dem Wege der allmählichen geschichtlichen Entwickelung geschehen[10]), so wird sich bei der Begründung der Genossenschaft kein gewöhnlicher obligatorischer Gesellschaftsvertrag wirksam zeigen, sondern die Absicht der Zusammentretenden ist unmittelbar auf die Herstellung einer neuen Einrichtung hingewandt, in welcher ein Rechtssubject und ein Gesammtwille unabhängig von dem Willen der Einzelnen geschaffen werden sollen. Es ist dies ein constituirender Act, der mit der Annahme der Verfassung (der Statuten) für die Genossenschaft als vollendet erscheint, soweit er überhaupt von dem Willen

---

[9]) R. Schmid, im Archiv für civ. Praxis XXXVI. Nr. 8. — Thöl, Handelsrecht I. §. 121 ff. — v. Gerber, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proceß N. F. XII. S. 202 ff. und System des deutschen Privatrechts §. 49. 198. (In der 8. Aufl. §. 198. hat Gerber jedoch mit Rücksicht auf das H. G. B. Art. 213. den Actienverein in beschränkter Weise als Rechtssubject anerkannt.) — Walter, System des deutschen Privatr. §. 313. S. dagegen Unger, kritische Ueberschau VI. S. 181 ff. — Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I. §. 58. Note 5. — Am Sorgfältigsten hat Schmid a. a. O. die Substituirung der modificirten Gesellschaft an Stelle der Corporation zu begründen versucht, indem er die Lösung in dem Princip der freien Stellvertretung zu finden glaubt. Allein dies Princip ist hier gar nicht das entscheidende; wenn er dann aber weiter geht, unter der Form einer s. g. societas ordinata einen organischen Beschluß der Gesellschaft durch Majorität für möglich hält, und endlich die Einsetzung eines verfassungsmäßigen Organs für den Willen der Gesellschaft wie eine im Voraus ertheilte Vollmacht behandelt: so zeigt sich darin freilich ein völliges Verkennen des principiellen Unterschieds von Universitas und Societas.

[10]) Auch Pfeifer, die Lehre von den juristischen Personen S. 54. setzt die unvordenkliche Verjährung der Staatsgenehmigung gleich.

der Begründer abhängt. Denn dieser giebt nicht allein den Ausschlag, wenn es sich fragt, ob der Verein wirklich als Genossenschaft gelten kann. Abgesehen von dem Staatsinteresse, welches nicht unberücksichtigt bleiben darf, und in allen Fällen, wo das öffentliche Recht oder das Gemeinwohl von der Genossenschaft unmittelbar berührt wird, deren allgemeine oder specielle Anerkennung von Staatswegen erheischt, ist es auch von besonderer Wichtigkeit zu wissen, welches der Zweck und die Mittel des Vereins sind: ob jener ein erlaubter ist und diese in einem solchen Umfange vorhanden sind, daß die Dauer des Vereins dadurch gesichert erscheint. Es kommt ferner darauf an, wie es sich mit der Wirksamkeit des Vereins verhalten hat und wie er im Rechts- und Geschäftsleben gestellt ist. Um hierüber ein sicheres Urtheil zu haben, wird es freilich meistens nöthig sein, daß der Verein schon eine Zeitlang in seiner Thätigkeit hat beobachtet werden können. Wenn er trotz des Wechsels der Mitglieder auf dem Grunde der Verfassung fortwährend in gleicher Wirksamkeit sich erhält; wenn die Vorsteher als solche am Geschäftsleben Theil nehmen, ein Vermögen vorhanden ist, welches unmittelbar nur dem Vereinszwecke dient, — kurz wenn sich die ganze Einrichtung consolidirt hat und eine corporative Haltung bekundet: so wird auch im Verein selbst und im Publicum, so wie bei den öffentlichen Behörden die Ueberzeugung von seiner selbständigen Bedeutung sich immer mehr festsetzen, und der Character der Genossenschaft deutlich und unverkennbar hervortreten [11]). — Ob nun eine solche allmähliche Bestärkung des Princips nöthig erscheint, um die rechtliche Natur des Vereins sicher erkennen zu lassen, oder ob dieselbe von Anfang an klar und bestimmt vorlag, das hängt von den Umständen ab, und läßt sich nach allgemeinen Regeln nicht entscheiden. Erforderlichen Falls muß der Richter, wenn Zweifel bestehen, auf Beweis erkennen, — sei es zur Herstellung der Legitimation oder zur Feststellung des für die materielle Entscheidung wesentlichen Rechtsverhältnisses.

IV. Die vermögensrechtliche Seite der Genossenschaft ist später im Sachenrecht zu erörtern [12]); hier ist nur Folgendes zu bemerken.

a) Bei einigen Genossenschaften dient das Vermögen wie bei der Gemeinde nur dem Corporationszwecke: so bei dem Deichverband, den

---

[11]) Mit dieser Ausführung müssen alle diejenigen im Princip einverstanden sein, welche die Staatsgenehmigung nicht für wesentlich halten. Vgl. Reyscher, in der Zeitschrift für deutsches Recht XIII. S. 405. — Unger, krit. Ueberschau VI. S. 155–56. — Bähr, der Rechtsstaat S. 29. Auch in der Praxis hat diese Auffassung ihre gewichtige Vertretung gefunden, s. R. O. H. G. IV. Nr. 42. und die dort citirten Rechtssprüche.

[12]) Vgl. unten §. 82—84. und über die analogen Verhältnisse in der Gemeinde oben §. 69 a. E.

Wassergenossenschaften, den Vereinen zur wechselseitigen Versicherung, den Erholungsgesellschaften, den Actienvereinen, die nicht zur Vermögensanlage und zum Erwerbe bestimmt sind.

b) Das Güterrecht der Familiengenossenschaft des hohen Adels hat seine eigenthümliche Gestaltung gefunden.

c) Andere Genossenschaften sind des Vermögens wegen da: die Realgemeinde, die Gewerkschaft, die Vereine für Versicherungsgeschäfte auf Gewinn, die Actienvereine zur Vermögensanlage und zum Erwerb[13]). Hier tritt eine Vermischung des Rechts der Gesammtheit und der Mitglieder ein, welche sich bald als unmittelbare Betheiligung der Letzteren am Corporationsvermögen selbst (bei der Realgemeinde), bald als ihre Betheiligung am Werthe desselben darstellt.

V. Die genauere Darstellung der oben angeführten corporativen Genossenschaften kann erst im Zusammenhange mit den allgemeinen Rechtslehren, zu welchen sie gehören, gegeben werden. Dies gilt namentlich auch von dem Actienverein, für welchen gegenwärtig, auch wenn er nicht als Handelsgesellschaft constituirt ist, die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs zur Anwendung kommen, und welcher nur in Verbindung mit den anderen Formen der Handelsgesellschaft dargestellt werden kann. Nur Eine Form des modernen Vereinswesens ist schon hier zu erörtern, nämlich die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, welche besonders durch V. A. Huber und Schulze-Delitzsch nach englischem Vorbilde in Deutschland eingeführt sind, und namentlich für das Kleingewerbe, welches mit geringem Kapital arbeitet, eine erhebliche, wenn auch zuweilen überschätzte Bedeutung erlangt hat. Diese Vereine, welche zuweilen schlechthin als die Genossenschaften bezeichnet werden, konnten aber lange keine feste Rechtsform gewinnen und es müßte zweifelhaft erscheinen, ob sie es zu einer corporativen Gestaltung bringen würden; sie bedurften der Hülfe der Gesetzgebung, ohne welche sich die Handelsgesellschaften zu selbständigen Rechtsinstituten, freilich in langer geschichtlichen Entwickelung heraufgearbeitet hatten; zuerst war es das preußische Gesetz, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, v. 27. März 1867[14]), welches feste Normen aufstellte, indem

---

[13]) Gierke, Genossenschaftsrecht I. S. 965 ff. u. A. unterscheiden im Allgemeinen Vermögens- und Personalgenossenschaften, das Sächs. Gesetz v. 15. Juni 1868. stellt dagegen den Personenvereinen (Genossenschaften) die Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen, welche juristische Persönlichkeit haben, gegenüber.

[14]) Vgl. L. Parisius, das Preußische Gesetz betreffend die privatrechtliche Stellung u. s. w. Berlin 1868., neu bearbeitet unter dem Titel: die Genossenschaftsgesetze im deutschen Reich. Berlin 1876.

es solche Vereine nach dem Vorbilde der Actiengesellschaften organisirte, jedoch die persönliche solidarische aber nur subsidiarische Verhaftung der Mitglieder für die Vereinsschulden verfügte. — Dann folgte die Gesetzgebung des Königreichs Sachsen, welche diese Vereine im Zusammenhang mit der Lehre von den Genossenschaften überhaupt ordnete, dabei aber das Princip der beschränkten Haftbarkeit fest hielt[15]). Die norddeutsche Bundesgesetzgebung schloß sich dagegen genau an das preußische Gesetz an[16]), und Ersteres ist wieder im bairischen Gesetze vom 29. April 1869 reproducirt[17]).

Darnach gelten für diese Genossenschaften folgende Rechtsgrundsätze[18]).

a) Das norddeutsche Bundesgesetz v. 4. Juli 1868 kommt jetzt als Reichsgesetz in ganz Deutschland zur Anwendung.

b) Das Reichsgesetz ordnet das Recht der Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Kredits, des Erwerbes oder der Wirthschaft ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezwecken, namentlich der Vorschuß- und Kreditvereine, der Rohstoff- und Magazinvereine, der Productivgenossenschaften, der Consumvereine und Baugenossenschaften. Dieselben verlieren jedoch ihren rechtlichen Charakter nicht, wenn sie statutenmäßig ihren Geschäftsbetrieb auf Personen, welche dem Vereine nicht angehören, ausdehnen[19]).

c) Zur Gründung der Genossenschaft bedarf es eines schriftlich abgefaßten Gesellschaftsvertrags (Statuts), dessen Inhalt im Wesentlichen den Bestimmungen über die Statuten der Actienvereine (H. G. B.

---

15) Sächs. Gesetz, die juristischen Personen betreffend, v. 15. Juni 1868. §. 11. Nr. 11. Abs. 2. „Die Mitglieder der Genossenschaft sind als solche nur der Letzteren, nicht Dritten gegenüber verpflichtet. Soll aber von denselben außer ihrer Haftpflicht gegen die Genossenschaft auch noch eine Verbindlichkeit zu directer Haftung gegen die Gläubiger der Genossenschaft übernommen werden, so muß das Statut auch die nöthigen Bestimmungen über Umfang und Dauer dieser Haftpflicht, so wie über die Voraussetzungen ihres Eintritts enthalten."

16) Gesetz betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften v. 4. Juli 1868.

17) Die Abweichung in Betreff der Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht (§. 70—80.) ist durch das Reichsgesetz vom 23. Juni 1873. beseitigt.

18) Vgl. Gierke a. a. O. S. 1105 ff. — Anschütz und v. Völdernsdorff, Commentar zum Handelsgesetzbuch II. S. 51 ff. — Gareis bei Behrend, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege V. S. 574 ff. — Stobbe, Handbuch I. §. 60. — Roesler, das sociale Verwaltungsrecht I. S. 219 ff. — J. Rosenthal, die Credit-, Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften. Berlin 1871. — v. Sicherer, die Genossenschaftsgesetzgebung in Deutschland. Erlangen 1872. — Goldschmidt in seiner Zeitschrift XXVII. Nr. 1.

19) Vgl. die Declaration im Reichsgesetz v. 19. Mai 1871.

Art. 209.) entspricht. Auch ist die Eintragung in das Handelsregister (Genossenschaftsregister) vorgeschrieben; nur auf die eingetragenen Genossenschaften kommt das Gesetz zur Anwendung.

d) Die Bestimmungen über die Organisation der Genossenschaft, insbesondere über den Gesellschaftsnamen (die Firma), den Vorstand, den Aufsichtsrath und die Generalversammlung sind gleichfalls, so weit die Natur des Rechtsverhältnisses es zuläßt, den für die Actiengesellschaft geltenden nachgebildet. Nur darin besteht eine wesentliche Abweichung von dem Rechte der Letzteren, daß die einzelnen Genossen den Gläubigern des Vereins solidarisch, wenn auch nur (anders wie bei der offenen Handelsgesellschaft), subsidiarisch verhaftet sind[20]).

e) Der praktische Nutzen dieser Vorschrift für die Kreditverhältnisse solcher Vereine ist klar[21]); allein es fragt sich doch, ob dieselben, so lange sie noch einer solchen Nachhülfe bedürfen, die gesetzliche Anerkennung als corporative Genossenschaften hätten finden sollen. Wenigstens läßt sich vom rechtlichen Standpunkte dagegen anführen, daß die Ausschließung der persönlichen Haftung der Vereinsglieder aus der Natur der juristischen Person zu folgen scheint[22]). Wenn dessenungeachtet die eingetragenen Genossenschaften des Reichsgesetzes von den Meisten unter diese Kategorie gebracht werden[23]), so rechtfertigt sich das aus der ganzen Structur des Gesetzes, und es kommt auch hier der Grundsatz zur Geltung, daß der Wille des Gesetzgebers die rechtliche Natur des von ihm normirten Instituts bestimmt, wenn auch die Konsequenz der Rechtsbegriffe darunter leidet.

f) Das Reichsgesetz stellt keine absoluten Normen für die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften auf, sondern verfügt nur über solche, welche sich seinen Bedingungen unterwerfen, läßt aber daneben andere

---

20) Reichsgesetz §. 12. „Insoweit die Genossenschaftsgläubiger aus dem Genossenschaftsvermögen nicht befriedigt werden können, haften ihnen alle Genossenschafter, ohne daß diesen die Einrede der Theilung zusteht, für die Ausfälle solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen."

21) S. besonders Schulze-Delitzsch, die Gesetzgebung über die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften (Berlin 1869.) S. 67 ff.

22) Vgl. Roth, Bayr. Civilrecht I. §. 72. Note 8., den v. Sicherer a. a. O. S. 109. vergeblich zu widerlegen versucht hat. In England ist diese Lehre freilich ganz äußerlich, ohne jede principielle Rechtsentwickelung behandelt worden; s. Fick bei Goldschmidt, Zeitschr. XIII. S. 394 ff.

23) Vgl. Gierke a. a. O. S. 1111. — v. Gerber, System §. 60. Note 9. — Stobbe, Handbuch I. §. 60. Note 6. — v. Sicherer a. a. O. S. 101 ff., der jedoch überhaupt alle Handelsgesellschaften zu den juristischen Personen zählt. — Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 11. Note 25.

bestehen[24]). Das gilt namentlich auch für Vereine dieser Art, welche nur eine beschränkte Haftpflicht der Mitglieder haben; sie dürfen nicht in die Genossenschaftsregister eingetragen werden, auch nicht in der Art, daß zwischen „eingetragenen Genossenschaften“ nach dem Reichsgesetze und solchen, die nach dem Landesgesetze eingetragen sind, zu unterscheiden wäre[25]). — Für die ohne einen besonderen landesgesetzlichen Schutz bestehenden Vereine, welche den Bedingungen des Reichsgesetzes nicht entsprechen, kommen die gemeinrechtlichen Regeln zur Anwendung, und namentlich ist darnach zu beurtheilen, ob sie als corporative Genossenschaften mit juristischer Persönlichkeit zu beurtheilen sind. Nach den oben No. III. aufgestellten Grundsätzen wird diese Frage wohl nicht oft zu bejahen sein. Doch ist damit nicht gesagt, daß nicht eingetragene Genossenschaften schlechthin als rein obligatorische Gesellschaften im Sinne des römischen Rechts angesehen werden müssen, da hier wie überhaupt in zweifelhaften Fällen ähnlicher Art die eigenthümlichen Rechtsverhältnisse eine unbefangene Prüfung und Berücksichtigung erheischen[26]).

§. 71.
III. Die Stiftung.

Zu den schon im römischen Recht anerkannten selbständigen Anordnungen, welche zu frommen Zwecken namentlich letztwillig errichtet werden konnten[1]), kamen im Mittelalter andere in großer Anzahl hinzu, indem man besonders die durch das geistliche Recht bekannt gewordenen Testamente benutzte, um für sein Seelenheil (pro anima) gottgefällige Verfügungen zu treffen, deren Vollziehung durch die Ernennung von

---

[24]) A. a. O. §. 1. „Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliedschaft — — erwerben die im gegenwärtigen Gesetz bezeichneten Rechte einer „eingetragenen Genossenschaft“ unter den nachstehenden Bedingungen.“ — §. 71. Abs. 2. „Auf nicht eingetragene Genossenschaften kommen die Bestimmungen dieses Gesetzes nicht zur Anwendung.“

[25]) Diese Unterscheidung fand sich in der vom Könige genehmigten Verordnung des Sächsischen Justizministeriums v. 23. Juli 1868. §. 15. 16. (bei Goldschmidt, Zeitschr. XIII. S. 222.), indem nur den Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht der Zusatz: „eingetragene Genossenschaft“ in der Firma untersagt ward. Diese Verordnung ist jedoch außer Kraft gesetzt durch das K. Sächs. Gesetz vom 25. März 1874. Vgl. R. O. H. G. XVIII. Nr. 27.

[26]) Vgl. Seuffert XXIV. Nr. 8. XXXVII. Nr. 188. XXXVIII. Nr. 227. (Erk. des Reichsgerichts). — R. O. H. G. IV. Nr. 44. V. Nr. 48. XII Nr. 106. — R. G. IV. Nr. 45.

[1]) v. Savigny, System II. S. 262—71. Ueber die Geschichte des Anstaltsbegriffes und insbesondere der Stiftung s. Gierke, Genossenschaftsrecht II. S. 546—58. 958—76. III. S. 119—22. 198. 238—52. 361. 421. 718. 760. 785. 814.

Testamentsexecutoren gesichert ward[2]). Entweder ward dann überhaupt nur zu Gunsten einer schon bestehenden Anstalt, oder zu bestimmten wohlthätigen Handlungen, z. B. einer Armenspeisung verfügt, oder es wurden selbständige Anstalten neu errichtet und dotirt, um dem Zweck, für welchen sie bestimmt waren, auf die Dauer zu dienen. Solche Stiftungen, wenn sie auch mit der Kirche oder kirchlichen Instituten oder mit der Gemeinde und andern Corporationen in dauernde Verbindung gebracht wurden, trugen doch regelmäßig den Charakter juristischer Personen an sich, und standen dann auch unter besonderen Vorstehern und Verwaltern, welche nur der Oberaufsicht der dabei betheiligten kirchlichen oder weltlichen Behörden unterworfen zu sein pflegten[3]). Man ging aber noch weiter, und errichtete solche Anstalten nicht allein zu kirchlichen oder wohlthätigen, sondern nach deren Vorbild überhaupt zu gemeinnützigen Zwecken[4]), wodurch der allgemeine Begriff der Stiftung ausgebildet ward, von welcher die fromme Stiftung (pia causa, pium corpus) nur eine, freilich besonders wichtige Art ausmacht.

Auf dieser Grundlage hat sich nun das geltende Recht entwickelt, welches in der Gewohnheit seinen festen Anhalt findet, wenn gleich von der Jurisprudenz wenig zur wissenschaftlichen Ausbildung desselben geschehen ist, und erst in neuerer Zeit besonders bei Gelegenheit des Städelschen Beerbungsfalls sich eine festere Theorie darüber zu bilden begonnen hat. Im Allgemeinen ist aber dieser Theil der Lehre von den juristischen Personen einfacher und leichter zu behandeln, als der, welcher sich auf die Corporationen bezieht. Denn es fehlt hier das Substrat der Mehrheit von Personen, welche die Träger der juristischen Persönlichkeit in der Corporation sind, und neben der Gemeinheit bestimmte Sonderrechte haben können. Diejenigen nämlich, denen die Stiftung unmittelbar zu Gute kommt, z. B. die Armen im Hospital, nehmen keinen Theil an der Vertretung, welche allein den Vorstehern zukommt, und haben überhaupt keine so selbständige Rechte an der Stiftung, wie sie sich bei den Corporationsgliedern finden, wenn ihnen

---

[2]) Beseler, die Lehre von den Erbvertr. I. §. 14. — Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 144—55. 221—22.

[3]) J. H. Boehmer, J. E. P. III. 36. §. 40. 41. — Mühlenbruch, Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls S. 70—79. Pandecten-Commentar XL. S. 81—89. — Mühlenbruch hat hier namentlich die Ausführung von Roßhirt, Archiv für civ. Pr. X. S. 321—25. widerlegt, welcher überhaupt der milden Stiftung die juristische Persönlichkeit abspricht. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 271. und P. Roth, in den Jahrbüchern für die Dogmatik I. S. 189—201., welcher jedoch eine zum Theil abweichende Ansicht vertritt.

[4]) S. schon Durandus, spec. jur. lib. II. p. 2. §. 13. nu. 63.

auch zur Wahrung ihrer stiftungsmäßigen Ansprüche eine persönliche Klage nicht versagt werden kann[5]).

a) Schon in der Benennung: Stiftung ist es ausgesprochen, daß der eigentliche Entstehungsgrund einer solchen in ihrer Errichtung und Dotirung durch Privatwillkühr liegt, und diese reicht auch dann, wenn das öffentliche Interesse durch die Stiftung nicht unmittelbar berührt wird, nach gemeinem Recht zur Begründung derselben aus[6]). Der Staat hat nur das Recht, eine Anzeige davon zur Kenntnißnahme zu verlangen, um sie nach Umständen zu hindern oder, falls dies nöthig oder förderlich scheint, durch seine Anerkennung zu sichern und zu befestigen. Nach der Gesetzgebung oder der Staatspraxis der meisten Länder bedarf es aber, damit eine Stiftung die juristische Persönlichkeit erhalte, der Staatsgenehmigung, die indessen auch stillschweigend ertheilt werden kann[7]); daher kann sie auch nachträglich erbeten werden, wobei jedoch zu bemerken, daß die Errichtung der Stiftung durch Privatwillkühr noch nicht durch die blos an den Tag gelegte Absicht dazu vollendet ist. Es genügt indessen, wenn für die Verwirklichung derselben in angemessener Weise, z. B. durch die Ernennung von Vorstehern, die Anfangs als Executoren fungiren, gesorgt ist, indem von diesen, auch wenn die Form der Erbeseinsetzung im Testament gewählt ist, die Staatsgenehmigung eingeholt werden kann[8]).

---

[5]) R. G. IX. Nr. 55. — Seuffert, XXXVIII. Nr. 259. Vgl. v. Gerber, in den Jahrbüchern für Dogmatik II. S. 363. Das. S. 364—66. ist auch die von Pözl in der Zeitschr. für deutsches Recht XVI. Nr. 7. vertretene Ansicht, daß bei Familienstiftungen den genußberechtigten Familienmitgliedern das Stiftungsvermögen gehört, widerlegt worden. Nur bei den Familien des hohen Adels würde die Genossenschaft als solche die berechtigte Person sein können.

[6]) Vgl. oben §. 66. und Windscheid, Pandektenrecht I. §. 60. Note 1. A. M. ist Roth a. a. O. S. 205—8.

[7]) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 19. §. 42. „Die vom Staate ausdrücklich oder stillschweigend genehmigten Armen- und andere Versorgungsanstalten, haben die Rechte moralischer Personen." — K. Sächs. Gesetz v. 15. Juni 1868. §. 6. S. oben §. 66. Note 8.

[8]) Selbst Mühlenbruch, der Vertreter der streng romanistischen Theorie und des Staatsprincips in dieser Lehre, ist doch auch zu der Ansicht gelangt, daß die Erbeseinsetzung einer noch nicht existirenden juristischen Person gültig sei, wenn die Bedingung der künftigen Existenz ausdrücklich hinzugefügt worden oder aus der Fassung zu entnehmen sei; s. Pandecten-Commentar XL. S. 62—79. Man darf aber wohl noch einen Schritt weiter gehen, und mit Wenck, Beitrag zur rechtlichen Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls (Leipzig 1828.) S. 35. annehmen, daß überhaupt nach der Absicht des Testators die Einsetzung einer künftigen Person in der Erwartung und unter der Voraussetzung ihrer Existenz geschehe. Vorsicht in der Fassung der Stiftungsurkunde ist hier freilich sehr zu empfehlen. — Strenger als Mühlenbruch ist wieder Pfeifer, die Lehre von

b) Das Rechtsverhältniß der Stiftung ist genau nach der Absicht des Stifters, wie sie zunächst in der darüber ausgestellten Urkunde ausgesprochen ist (lex fundationis), zu beurtheilen, ebenso wie beim Familienfideicommiß die voluntas testatoris die entscheidende Norm gewährt. Im Uebrigen fallen Stiftung und Familienfideicommiß aber nicht zusammen, denn bei dem Familienfideicommiß liegt eine dingliche Belastung des Vermögens vor, die Familienstiftung ist als eine selbständige juristische Person zu beurtheilen[9]). Ob aber die Stiftung letztwillig oder unter Lebenden errichtet worden, ist wie beim Familienfideicommiß nur von formeller Bedeutung.

c) Der Stiftungszweck muß streng aufrecht erhalten werden. Das ist für Privatpersonen, welche als Vorsteher, Verwalter u. s. w. dabei betheiligt sind, eine Sache des rechtlichen Zwanges, so daß keine Abänderung, sondern ausnahmsweise nur eine Ergänzung der Anordnungen des Stifters ihnen gestattet ist[10]). Für die Staatsgewalt ist es aber durch die öffentliche Sitte und die Pietät geboten, so daß nur in dringenden Fällen, wo Rücksichten des öffentlichen Wohles überhaupt die Verletzung der formellen Rechtsordnung erheischen und rechtfertigen, eine Abweichung zulässig erscheint[11]).

d) Für fromme Stiftungen sind manche Rechtswohlthaten sowohl nach dem gemeinen als auch nach particulären Rechten eingeführt. Es ist deswegen nöthig, im Allgemeinen zu bestimmen, welche Stiftungen zu dieser Classe gerechnet werden dürfen. Auf die Benennung darf man dabei kein zu großes Gewicht legen, da namentlich mit dem Ausdruck: milde Stiftung häufig ganz allgemein die gemeinnützigen Anstalten dieser Art bezeichnet werden[12]). Es muß vielmehr der Zweck der Stiftung entscheiden, und dieser kann nur dann für einen frommen gelten, wenn er ein religiöser oder ein wohlthätiger ist[13]). Particularrechte

---

den juristischen Personen S. 135—36., aber aus unhaltbaren Gründen. Auch Roth a. a. O. S. 209—12. leugnet die Möglichkeit einer Stiftung durch Testament und Erbvertrag.

[9]) Vgl. Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 4. §. 21—46. S. auch unten §. 182 a. E. und Gerber a. a. O. S. 357.

[10]) Vgl. Gerber a. a. O. S. 353. — Felix Hecht, die Mündel- und Stiftungsgelder in den deutschen Staaten. Stuttgart 1875. Ueber die Bestrafung der Stiftungsverwalter wegen Untreue s. St. G. B. §. 266.

[11]) Diese Pietät gegen den Stiftungszweck hat namentlich das preußische Landrecht in sehr lobenswerther Weise bewahrt; s. Th. II. Tit. 6. §. 73—80.

[12]) So ist auch vielleicht die Ueberschrift zu nehmen: Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 19. „Von Armenanstalten und andern milden Stiftungen.“ Vgl. Lüb. Recht Th. II. Tit. 1. Art. 7.

[13]) Württemb. Landr. Th. III. Tit. 6. §. ult. „Und damit man wissen möge, welche Verordnungen für Testamenten und Legaten ad pias causas zu hal-

gehen freilich weiter, und rechnen überhaupt die Stiftungen zu gemeinnützigen Zwecken dahin, was auch für das gemeine Recht seine Vertheidiger gefunden hat[14]).

e) Die Stiftung erlischt

1. durch Anordnung der Staatsgewalt, welche aber, wenn sie nicht durch Vorbehalt u. dgl. besonders begründet ist, nur von der Gesetzgebung ausgehen kann,

2. durch gänzliche Vermögenslosigkeit, wenn auch keine Aussicht auf die Wiederherstellung des Vermögens vorliegt[15]),

3. durch die Unmöglichkeit der Zweckerfüllung.

f) Das Vermögen der untergegangenen Stiftung fällt als bonum vacans an die Staatskasse, es sei denn, daß der Stifter anders verfügt hat[16]). Dazu bedauf es jedoch keiner ausdrücklichen Anordnung, wenn nur die Absicht bestimmt dargethan werden kann.

---

ten, so erklären Wir solches dergestallt, daß alles was zur erhaltung und beförderung deß heiligen Gottesdiensts und Predigampts, der Kirchen, Schulen und derselben Diener, deßgleichen der Spitäl, Armenkästen, Siechen- Seel- und Lazaretthäuser, wie auch was der studierenden Jugend zu gutem in die Collegia oder Stipendia, oder sonsten insonderheit einem oder mehr zu hilff und fortsetzung der Studien, Item zu Außstewrung armer Jungfrawen (Verwannten oder Ohnverwannten) Und dann insgemein, was zu underhaltung der armen Presthafften und Krancken also verlassen oder verschafft würdt, für Geschäfft und Legata ad pias causas gehalten werden, so Unsere Amptleut und Gericht, vor andern Sachen zu gebührlicher schleuniger Execution und Vollstreckung mit allem Fleiß richten sollen." — Vgl. B. Carpzov, jurispr. rom. saxon. III. 4. def. 34. — D. Mevius. comment. ad jus lub. p. II. tit. 1. art. 7. nu. 16—22. — Mühlenbruch, Beurtheilung u. s. w. S. 141—44. — P. Roth und v. Meibom, Kurhessisches Privatr. I. §. 85.

14) Baier. Landr. Th. III. Cap. 4. §. 5. — — „Unter causis piis aber sind nicht nur Kirchen, Spitäler, Waisenhäuser, sondern auch was zum Unterricht der Jugend in nützlichen oder nöthigen Dingen, Unterhalte armer Bedürftigen, Erlösung Gefangener oder sonst unmittelbar zur Ehre Gottes oder zum Dienste des Publicums gereichen mag." — Hamb. Stadtr. v. 1603. Th. III. Tit. 2. Art. 2. vgl. mit Th III. Tit. 1. Art. 20.; s. Gries, Commentar II. S. 229. — K. Sächs. Gesetz v. 15. Juni 1868. §. 6. (s. oben §. 66. Note 8.). Für die gemeinrechtliche Ausdehnung des Begriffs: J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. V. Ex. 80. §. 7. — J. E. P. III. 5. §. 28. — Elvers, theoretisch- praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentar. Erbfähigkeit S. 227—31.

15) So ist die Ansicht von Roth a. a. O. S. 219. zu beschränken; vgl. Windscheid a. a. O. §. 61.

16) Vgl. Pfeifer a. a. O. §. 48. — Roth a. a. O., welcher jedoch ohne Grund die Disposition des Stifters auf das ursprüngliche Stiftungsvermögen beschränkt.

Zweiter Abschnitt.

Das Sachenrecht.

§. 72.

Einleitung.

Es wird nicht leicht gelingen, die Rechtsinstitute, in denen sich das Sachenrecht des Mittelalters darstellt, und welche zum Theil noch in dem heutigen Rechte sich wirksam zeigen, vollständig zu begreifen, wenn nicht vorher die klare Anschauung von den Rechtsverhältnissen, aus welchen sie sich entwickelt haben, gewonnen ist, und so der innere Zusammenhang zwischen der Rechtsregel und deren thatsächlichen Voraussetzungen hervortritt. Eine Darstellung, welche zu dieser Einsicht führen soll, kann aber nur eine historische sein, indem sie einmal die wesentlichen Momente, an denen die selbständige Entwickelung im Rechtsleben des Mittelalters vor sich gegangen ist, nachweist und dann die Einwirkung, welche diese Rechtsideen neben dem Romanismus und dem modernen Staatsprincip auf das heutige Rechtssystem ausgeübt haben, zur Erkenntniß bringt. Eine Arbeit, welche mit vollständiger Benutzung des historischen und statistischen Materials und unter Berücksichtigung der verwandten Rechtsinstitute die Lösung einer solchen Aufgabe für das Sachenrecht übernähme, würde für die Staats- und Rechtswissenschaft von großer Bedeutung sein[1]); hier kann nur eine übersichtliche Darstellung der wichtigsten Momente, welche zur Erläuterung des Folgenden besonders in Betracht kommen, gegeben werden.

I. Nach der ganzen Anlage des germanischen Volkslebens war der Grundbesitz im Gegensatze zur beweglichen Habe von überwiegender Bedeutung. Der Vorrath an Geld und edlen Metallen war in älterer

[1]) In der angegebenen Richtung, wenn auch von einem einseitigen Standpunkte aus, ist die Abhandlung von Stüve geschrieben: Wesen und Verfassung der Landgemeinden und des ländlichen Grundbesitzes in Niedersachsen und Westphalen. Jena 1851.

Zeit gering, und gerade diejenigen beweglichen Sachen, welche einen wichtigen Bestandtheil des Vermögens ausmachten, nämlich die Viehheerden und überhaupt das Gutsinventar, fanden sich häufig als Zubehörungen in unmittelbare Beziehung zu den Landgütern gebracht und dadurch in deren Rechtssphäre verfangen, wie denn auch sonst unter gewissen Voraussetzungen die Herrschaft über ein Grundstück die auf demselben befindlichen beweglichen Sachen mit erfaßte. Nimmt man nun noch hinzu, daß statt der Zeitpacht ein dauerndes Zinsverhältniß begründet zu sein pflegte, und daß auch andere obligatorische Leistungen, für welche wir das zinsbare Darlehen haben, meistens als Renten oder Gülten auf Grund und Boden radicirt waren; so stellt es sich klar heraus, daß der Grundbesitz, der auch eine wesentliche Voraussetzung der politischen Berechtigung war, den eigentlichen Mittelpunkt des bürgerlichen Verkehrs ausmachte. Die natürliche Folge davon war, daß das deutsche Sachenrecht bis in das spätere Mittelalter vorzugsweise als ein Recht des Grundbesitzes erscheint, und nach dieser Seite hin seine consequente Ausbildung erhalten hat, für welche die Oeffentlichkeit des Rechtstitels, dargestellt in der gerichtlichen Auflassung, das leitende Princip war, während das Recht an beweglichen Sachen hauptsächlich auf dem Besitz (der Gewere) beruhte und nur einen unvollkommenen processualischen Schutz des Eigenthums gewährte.

Erst als sich seit dem 11. Jahrhundert in den aufblühenden Städten Handel und Gewerbe festsetzten und das selbständig gewordene Bürgerthum mit einem früher nicht gekannten Reichthume beweglicher Habe ausstatteten, machte auch in dieser Richtung, jedoch mehr auf dem Gebiete des Forderungsrechts als auf dem des Sachenrechts, der bestimmende Einfluß neuer Rechtsverhältnisse sich geltend. Der städtische Verkehr schuf sich die ihm gemäßen Rechtsformen, aber das Kapitalvermögen lehnte sich auch dann noch möglichst an den Grundbesitz an, indem es, sobald es dem Handel und Gewerbe entzogen war, regelmäßig als feste Rente auf Grundstücke radicirt wurde, und in den Städten nur insofern eine Aenderung eintrat, als der selbständige Werth der Gebäude in denselben einen neuen Gegenstand des Realcredits hervorrief. Hieran knüpften sich die Anfänge des deutschen Hypothekenwesens, dessen gesunde Entwickelung auf Grundlage der gerichtlichen Auflassung durch die Reception des römischen Rechts in so unheilvoller Weise unterbrochen worden ist. Erst die in neueren Hypothekenordnungen angebahnte Rückkehr zu dem altgermanischen Rechtsinstitute, welches sich nur an wenig Orten rein erhalten hatte, hat hier Abhülfe bringen können.

II. Ein großer Theil des Grundbesitzes lag während des Mittelalters in Gemeinschaft, sowohl der Bauernschaften und Gemeinden, als

auch anderer genossenschaftlicher Vereine, der Markgenossenschaften, Ganerbschaften u. s. w. In einer solchen Gemeinschaft fanden sich dann selbständige Sonderrechte der einzelnen Genossen neben einander gestellt, welche von dem Recht der Gesammtheit zusammengehalten und bestimmt wurden, ohne in dasselbe aufzugehen. Dadurch wurden eigenthümliche Rechtsbildungen hervorgerufen, welche auf das Sachenrecht bezogen als Gesammteigenthum sich darstellen, und noch jetzt auf dem Gebiete des corporativen Lebens von Bedeutung sind, wenn auch die Gemeindegüter durch Auftheilungen und Separationen ihre frühere Natur meistens verloren haben, und die Genossenschaften im Wechsel der Zeiten sowohl ihrem Zwecke als ihrer äußeren Erscheinung nach in sehr verschiedenartiger Gestaltung aufgetreten sind.

III. Ein anderer durchgreifender Unterschied für das Recht des Grundbesitzes lag darin, ob dasselbe freies oder echtes Eigen war oder nach Hofrecht besessen wurde. Das Erstere, dem römischen dominium vergleichbar, stellte seinem Umfange und seiner Vertretung nach die freie Herrschaft über die Sache dar, und ließ, wenn auch der Einwirkung des Gemeindeverbandes und der Familie nicht entzogen, doch keine solche Beschränkung des Rechtes zu, wie sie nachher in den Regalien hervortrat. — Freies Eigen, nach Volksrechte gewährt, konnte aber nur der Freie haben; dem Unfreien kam wohl auch ein selbständiges Recht an Grund und Boden zu: aber er baute denselben im Schutze des Herrn, beschränkt in der Verfügung und Benutzung und zu Diensten und Abgaben verpflichtet, aus denen Reallasten und Dienstbarkeiten verschiedenster Arten hervorgingen.

Diese Rechtsverhältnisse des hörigen Bauernstandes, von jeher nach der Verschiedenheit der Stämme und des landwirthschaftlichen Betriebes sehr ungleich geartet, wurden nur immer krauser und mannichfaltiger, jemehr sie bei dem Zurücktreten der gemeinen Freiheit an dieser ihren bestimmten Gegensatz verloren. Freie Bauern sanken, wenn sie sich nicht dem Stande der Ritterschaft anzuschließen vermochten, sehr häufig in die Classe der Hörigen herunter; doch war es nicht immer eine Gutsherrschaft, der sie unterworfen wurden. Die mildere, mehr politisch geartete Form der Herrschaft, welche sich in der Vogtei (advocatia) namentlich der geistlichen Stifter und der Landesherrn ausbildete, löste oft nur die unmittelbare Beziehung zum Reiche und bereitete die spätere Landeshoheit vor. Aber auch die Vogtei erstreckte sich nicht allein auf die Person, sondern machte auch den Grundbesitz abhängig und, wenn auch nur zum Zeichen der Gerichtsherrschaft, zinsbar, so daß staatsrechtliche und privatrechtliche Institute, wie so oft im Mittelalter, in dem Sachenrechte vielfach zusammen trafen und sich in eigenthümlicher Weise vermischten.

Dieser ganze Rechtszustand auf dem platten Lande hat sich in neuerer Zeit wesentlich verändert. Der Aufhebung der Leibeigenschaft folgten die Ablösungsordnungen, und die neue Organisation der Gerichts- und Polizeiverwaltung sowie des Gemeindewesens ist für das Recht des Grundbesitzes von eben so großer Bedeutung wie die Ordnung der agrarischen Verhältnisse geworden.

IV. Findet sich im früheren Bauernrechte eine Abhängigkeit, welche die Freiheit ausschloß, so umfaßte dagegen das Lehenrecht die Dienstverhältnisse der Freien. Dasselbe hat freilich nie in dem Umfange wie bei den romanischen Völkern das deutsche Rechtswesen beherrscht, da in den alten Stammsitzen der Nation das freie, allodiale Eigenthum sein Ansehen behauptete, und in den später germanisirten slavischen Ländern das Lehenwesen nur in sehr unvollkommener Weise ausgebildet ward. Doch hat sich für manche Landgüter daraus ein besonderes Recht entwickelt, welches noch geltend blieb, als die eigentliche Grundlage des ganzen Verhältnisses, die Lehentreue und der Ritterdienst, durch die veränderten staatlichen Einrichtungen der neueren Zeit seine Bedeutung verloren hatte; auch hat für manche Institute des Adelsrechts, namentlich in Betreff der Erbfolge, das Lehenrecht einen Anhaltspunkt abgegeben und auf die spätere Gestaltung der Reichsverfassung, welche zuletzt freilich nur eine sehr lockere genossenschaftliche Vereinigung der Reichsstände unter der Direction des Kaisers darstellte, wesentlich eingewirkt.

V. Seit dem 13. Jahrhundert entwickelte sich bei dem Verfall der kaiserlichen Macht in Deutschland eine selbständige Territorialgewalt, welche allmählich zur Landeshoheit und in neuester Zeit zur Souveränetät erstarkte. Die in der Landeshoheit enthaltenen Rechte, von den Juristen als Regalien aufgefaßt, wurden aber in verschiedener Weise ausgedehnt und führten zu manchen sehr erheblichen Beschränkungen des Eigenthums an Grundbesitz. Nur die politisch berechtigten Classen der Bevölkerung, welche sich der Landesherrschaft gegenüber zur landständischen Corporation zusammengethan hatten, vermochten es häufig, diese fiscalischen Uebergriffe von ihren Besitzungen fern zu halten, und, indem sie auch sonst ihr Interesse wahrzunehmen wußten, bildete sich namentlich für die Rittergüter ein bevorzugter Rechtszustand aus, in welchem ihnen wesentlich die Rechte des alten freien Eigenthums bewahrt blieben. — Neuere Gesetzgebungen haben auch nach dieser Seite hin eine Ausgleichung eintreten lassen.

VI. Das Standesrecht der Ritterschaft wurde nicht allein unmittelbar für den Grundbesitz wirksam, sondern erfaßte auch die Familie, deren Ansehen namentlich auf der Erhaltung der Stammgüter beruhte. Als das neu eindringende römische Recht diese bedrohte, suchte man Hülfe in

dem neu geschaffenen Institut des Familienfideicommisses. Noch weiter ging der hohe Adel, welcher sich kraft seiner Autonomie für die wichtigsten Beziehungen der Familie besondere Rechtsformen herzustellen wußte und dadurch sein Vermögensrecht eigenthümlich gestaltete. — Für diese Entwickelung des Adelsrechts bot das Beispruchsrecht der nächsten Erben, wie es sich im Mittelalter ausgebildet hatte, einen wichtigen Anhaltspunkt dar. In andern Kreisen verlor es dagegen seine frühere Bedeutung, indem die Erbgüter des Bürgerstandes immer mehr zurücktraten und im Uebrigen sich nur neben vielen andern den Verkehr beschränkenden Näherrechten auch die wegen Verwandtschaft hie und da in Geltung erhielten.

In der vorstehenden Uebersicht sind diejenigen Rechtsinstitute bezeichnet worden, welche im Mittelalter das Recht des Grundbesitzes beherrschten und auch gegenwärtig noch einen größeren oder geringeren Einfluß auf dasselbe ausüben, während das Recht an beweglichen Sachen bei Weitem mehr dem römischen Rechte unterworfen ist. Eine Darstellung des deutschen Privatrechts hat nun die ursprünglichen leitenden Grundsätze jener Institute, insoweit sie nicht auf dem Gebiete des Staatsrechts liegen, aufzudecken und ihre Bedeutung in dem heutigen Rechtssysteme nachzuweisen. Dabei aber empfiehlt es sich, im dritten Bande die besonderen Institute des Adels und Bauernrechts im Zusammenhange zu behandeln, indem es dadurch möglich gemacht wird, sowohl die allgemeineren Beziehungen zu dem früheren Ständewesen darzuthun als auch dem Landwirthschaftsrechte die ihm angehörigen Lehren zu überweisen.

Erstes Kapitel.

Begriff und Arten der Sachen.

§. 73.

Im Allgemeinen.

Unter Sache versteht man im juristischen Sprachgebrauche bald einen Rechtsstreit (causa), bald einen körperlichen Gegenstand, welcher dazu geeignet ist, der Herrschaft des Menschen unterworfen zu sein und einen Theil seines Vermögens zu bilden[1]). In diesem letzteren Sinne, der hier allein in Betracht kommt, ist Sache (res) der Gegensatz von Person, so daß da, wo die Sklaverei verboten ist, der Mensch keine Sache sein kann.

---

[1]) J. Grimm, deutsche R. A. S. 491. — Pütter, die Lehre von dem Eigenthume S. 14 ff.

Das Vermögen besteht jedoch nicht allein aus körperlichen Gegenständen; denn es bildet die äußere Rechtssphäre, welche der Mensch zur Befriedigung seiner Bedürfnisse unbedingt beherrscht, den Inbegriff aller Zuständigkeiten, welche ihm zu diesem Zwecke zu Theil geworden sind. Es gehören daher auch die Rechte, insofern sie mit den Sachen dieselbe Bestimmung haben, zu dem Vermögen, und zwar nicht allein die dinglichen, welche unmittelbar an einer Sache zustehen, sondern auch die persönlichen, welche bestimmte Personen zu einer Leistung verpflichten. Nach dem Vorgange des römischen Rechts hat man diese Vermögensrechte auch bei uns unkörperliche Sachen genannt[2]). — Wenn man nun das Sachenrecht im engeren Sinne von dem Recht der Obligationen scheidet[3]), so gehören in die Darstellung des ersteren nur diejenigen Rechte, welche als dingliche unmittelbar an der Sache zustehen. Diese werden auch Realrechte genannt; doch versteht man unter letzteren gewöhnlich nur solche Rechte (Gerechtigkeiten), welche activ mit einer Sache verknüpft sind[4]).

Die Bedeutung, welche eine Sache für das Vermögen hat, bildet den Werth derselben[5]) und ist Gebrauchswerth oder gemeiner Werth (Tauschwerth)[6]). Der erstere bestimmt sich nach dem Nutzen,

---

[2]) Baier. Landr. Th. II. Cap. 1. §. 9. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 2. — Oesterr. Gesetzb. §. 292. — Code civ. Art. 526. 529—30. — Phillips, Grundsätze I. §. 54. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 174. — Wächter, Handbuch II. §. 36.

[3]) Allgemein geschieht dies freilich nicht; das österreichische Gesetzbuch z. B. unterscheidet dingliche nnd persönliche Sachenrechte und befaßt unter den letzteren die Forderungen.

[4]) Wächter, Handbuch II. S. 323 ff. — Derselbe, Erörterungen I. S. 113. — Reyscher, gemeines und württemb. Privatrecht I. §. 98. 223. 245—53. — Renaud, Lehrbuch I. §. 71. — Eine willkührliche Unterscheidung zwischen Realrecht und Realberechtigung (letztere soll die der Reallast entsprechende Befugniß sein) hat Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 347.

[5]) Die Grundbegriffe sind wesentlich der Nationalökonomie und dem römischen Recht zu entnehmen. Vgl. Roscher, die Grundlagen der Nationalökonomik §. 4—8. und vor allem die bedeutende Untersuchung von Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts II. (2. Aufl.) S. 70—127. „Der Werthbegriff ist nichts außerhalb des Gutes Liegendes." — „Der Werth im wirthschaftlichen und Rechtssinne ist ein Gleichungsverhältniß (eine Proportion) unter den wirthschaftlichen Gütern nach ihrer allgemeinen wirthschaftlichen Brauchbarkeit (Nützlichkeit), sei es zur direkten Bedürfnißbefriedigung: zum Haben, Gebrauchen, Nutzen, sei es zur indirekten Bedürfnißbefriedigung: zum Weggeben gegen Entgelt." — Kommt aber der wirthschaftliche Werth bei Freigebigkeiten gar nicht in Betracht?

[6]) Das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 111—16. unterscheidet den gemeinen Werth einer Sache, den außerordentlichen Werth und den Werth der besonderen Vorliebe (pretium affectionis); das Oesterr. Gesetzbuch §. 305. den ordentlichen oder gemeinen Preis und den außerordentlichen, welcher die besondere Vor=

welchen die Sache ihrem Inhaber gewährt, und kommt namentlich bei Schätzungen, welche behufs einer Entschädigung z. B. im Fall der Enteignung angestellt werden, in Betracht. Der Tauschwerth stellt den Werth einer Sache im Verhältniß zu anderen Gütern dar, und zwar für den Verkehr (Preis, Marktpreis) oder als Gegenstand der Leistung, wenn die Sache selbst nicht geliefert werden kann. — Für die Bestimmung des Werthes einer Sache giebt es unter den civilisirten Völkern einen allgemein gültigen Werthmesser: das Geld; s. unten §. 110.

Obgleich nun die Sachen, als Vermögensbestandtheile, im Allgemeinen die gleiche rechtliche Bedeutung haben, so kommen doch einzelne Arten derselben vor, welche für das Recht von besonderem Interesse sind, indem gewisse Eigenschaften der Sachen, welche man als natürliche und rechtliche unterscheiden kann, und außerdem das Verhältniß, in welchem mehrere Sachen zu einander stehen, einen bestimmten Einfluß äußern. Eine Aufzählung einzelner Arten der Sachen nach diesen allerdings unvollkommenen Kategorien wird die Uebersicht erleichtern.

§. 74.

I. Natürliche Eigenschaften der Sachen.

Die natürlichen Eigenschaften der Sachen haben freilich nur ausnahmsweise eine rechtliche Bedeutung; aber die Fälle, in denen es stattfindet, sind von Wichtigkeit.

a) Unbewegliche und bewegliche Sachen. In den älteren Rechtsquellen, welche nach dieser Unterscheidung das Sachen- und Erbrecht in zwei wesentlich verschiedene Theile zerfallen lassen, wird mit den Worten: fahrendes und liegendes Gut das ganze Vermögen eines Menschen bezeichnet[1]), und auch die neueren Gesetzgebungen heben, gleich

---

liebe mit befaßt. Beide Gesetzbücher beziehen aber den Begriff auf den Gebrauchswerth, indem sie nur auf den Nutzen Rücksicht nehmen, und das Pr. A. L. R. a. a. O. §. 119. blos die unschätzbaren Sachen als solche bezeichnet, deren Werth durch kein Verhältniß mit anderen im Verkehr befindlichen Sachen bestimmt werden kann. In der Regel soll bei Schätzungen nur auf den gemeinen oder ordentlichen Werth gesehen werden; s. Pr. A. L. R. a. a. O. §. 117. 118. — Oesterr. Gesetzb. §. 306.

[1]) Sächs. Landr. B. I. Art. 31. §. 2. — Urkunde v. 1423. bei Horn, Leben Friederich des Streitbaren S. 869. (Kraut, Grundriß §. 63. Nr. 1.). „Ire guter und habe varende und legende." Vgl. Wächter, Handbuch II. S. 210. Note 6. — In den Quellen der ersten Periode findet sich noch Alode (von al und ôd, bonum —, wenn nicht ein fremdes Wort) s. Müllenhoff in der Lex Sal. von Waitz S. 278. — in dieser Bedeutung, während es später den Gegensatz zum Lehengut bezeichnet. L. Bajuv. tit. II. cap. 1. §. 3. — J. Grimm, R. A. S. 492—93.

dem römischen Rechte, diese Eintheilung besonders hervor[2]); beide Begriffe sind aber in der natürlichen Beschaffenheit der Sachen begründet, je nachdem sie nämlich unbeschadet ihrer Substanz[3]) von einem Orte zum andern gebracht werden können, oder nicht.

Für die unbeweglichen Sachen hat das ältere Recht zahlreiche Bezeichnungen, welche theils gleichbedeutend sind, theils besondere Eigenschaften andeuten, vorzugsweise aber auf den ländlichen Grundbesitz bezogen werden[4]). Auch Wohnungen wurden schon früh besonders bezeichnet[5]), aber erst in den Städten bekamen sie allgemein eine selbständige Bedeutung[6]), während sie ursprünglich nicht selten zu den beweglichen Sachen gerechnet wurden[7]). Im heutigen Rechte wird jedes Gebäude, welches mit dem Grund und Boden, in der Absicht, daß es darauf bleiben soll, fest verbunden ist, als ein Immobile betrachtet, und ältere davon abweichende Rechtsanschauungen haben keine Geltung mehr[8]).

Auch für die beweglichen Sachen kommen in den älteren Rechtsquellen sehr verschiedene Benennungen vor. Fahrniß, fahrende Habe ist die gewöhnliche Bezeichnung; doch werden besondere Vermögensmassen wieder besonders ausgeschieden, namentlich die Rade oder Gerade der Frau und das Heergewäte des Mannes[9]). Der moderne Sprachgebrauch

---

2) Baier. Landr. Th. II. Tit 1. §. 8. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 6. — Oesterr. Gesetzb. §. 293. — Am Weitesten geht hierin der Code civil, welcher Art. 516. die allgemeine Regel aufstellt: Tous les biens sont meubles ou immeubles, und dann nach diesen Kategorien die verschiedenen Arten der Sachen, namentlich auch die Pertinenzqualität derselben abhandelt.

3) „Ihrer Beschaffenheit nach Form und Gehalt," wie Wächter, Handbuch II. S. 210. dies glücklich bezeichnet.

4) Land, Eigen, Erbe, proprietas, hereditas, und dann wieder curtis, villa u. s. w. J. Grimm, R. A. S. 492 ff. — Kraut, Grundriß §. 63. Nr. 1—45. — Beseler, Lehre von den Erbverträgen I. S. 15.

5) Sala, der Herrenhof, palatium, die königliche Pfalz, castrum u. s. w.

6) Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I. S. 415. — Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte I. S. 25.

7) Nach dem Sprüchwort: Was die Fackel verzehrt, ist Fahrniß; s. Landbrauch zu Lixfeld bei Senckenberg, opusc. p. 69. Vgl. Sächs. Landr. B. II. Art. 76. §. 2. — Jüt. Lov. B. I. Cap. 6. §. 1.

8) Phillips, Grundsätze I. §. 55. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 143. Nr. IV. — Oesterr. Gesetzb. §. 297.

9) Sächs. Landr. B. I. Art. 22 §. 4. — Art. 31. §. 2. — B. III. Art. 76. §. 1. — Getriebenes und getragenes Gut (res mobiles und se moventes) Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 145. Z. 11 ff. — Andere Ausdrücke, zum Theil mit speziellen Beziehungen, sind: rede Güter (bona promtiora), Hausrath, Ingedömte, Kistenpfand u. s. w. Vgl. Eichhorn, Einleitung §. 153. — Phillips, Grundsätze I. §. 56.

unterscheidet wieder Mobiliarvermögen, baares Vermögen, Effecten, Möblen, Geräthschaften[10]) u. s. w.

Wenn sich nun aber im Allgemeinen die Eintheilung der Sachen in unbewegliche und bewegliche nach der natürlichen Beschaffenheit derselben richtet, so kommen doch Ausnahmen davon vor, welche in verschiedener Weise ihre Begründung finden.

1. Rücksichten mancher Art, namentlich der Wunsch, bei der erhöhten Bedeutung der fahrenden Habe denen, welchen bei Erbtheilungen nur ein Anspruch auf den Grundbesitz gegeben ist, ein weiteres Recht beizulegen, haben zuweilen dahin geführt, daß nach Gesetz oder Gewohnheit bewegliche Sachen zu den unbeweglichen gezählt werden[11]). Doch gilt dies immer nur für einzelne Verhältnisse und bedarf einer besonderen rechtlichen Begründung[12]); wenn also in der heutigen Praxis gewisse Gesammtsachen, z. B. Bibliotheken und Waarenlager, wegen ihres Werthes und der Schwierigkeit des Transports in Beziehung auf Sicherheitsstellung den unbeweglichen Sachen gleich geachtet werden, so darf dies in keiner Weise weiter ausgedehnt werden[13]).

2. Von allgemeiner Wichtigkeit ist die Uebertragung der Eintheilung in bewegliche und unbewegliche Sachen auf die Vermögensrechte, welche man gerade zu diesem Behuf als unkörperliche Sachen bezeichnet hat. Nach der Natur des älteren deutschen Sachenrechts ist anzunehmen, daß alle dinglichen Rechte an Grundstücken, welche durch gerichtliche Auflassung bestellt wurden, den Immobilien gleich geachtet wurden, wogegen allerdings der Anspruch auf die einzelne fällig gewordene Leistung als Fahrniß erscheinen konnte[14]). Doch findet in den älteren Rechtsquellen keine

---

[10]) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 10—30. — Code civ. Art. 533—35. — Das Oesterr. Gesetzbuch handelt hiervon bei den Vermächtnissen. §. 674—80.

[11]) Kyburger Grafschaftsrecht bei Bluntschli a. a. O. S 417. „Item was och ein frow irem emann zuobringt in heinstür wüß, es sig bar gelt oder sust varende hab, das sol ligend guot heißen und sin und nit varendts." — Altes Jülich. Landr. Art. 57. bei Lacomblet, Archiv I. 1. S. 143. — Aachener Statuten bei Ludolf, observatt. III. in app. 585.

[12]) Mittermaier, Grundsätze I. §. 143. — Phillips, Grundsätze I. §. 55. — Ueber das s. g Eisernvieh, wenn eine dauernde Verbindlichkeit zur Haltung eines Nutzviehs besteht, s. Grimm, R. A. S. 593. Vgl. unten §. 197. Note 8. — Daß man, soweit die Privatwillkühr überhaupt zulässig ist, einzelne Rechtsgrundsätze von unbeweglichen Sachen auf bewegliche und umgekehrt übertragen kann, ist eine Sache für sich und hängt mit der im Text behandelten Ausnahme nicht zusammen. Darnach ist zu berichtigen, was Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 183. von einem allgemeinen Recht des s g. Mobilificirens und Immobilificirens vorgebracht hat.

[13]) Glück, Paudecten-Commentar II. S. 471.

[14]) Rigisch Ridderr. Art. 66. „Tynse und tegeden in den dörpen ys nene varende have und wat erdtfaste und nagelfaste ys." — Frankf. Reformat.

Uebereinstimmung in dieser Beziehung statt[15]). — Die neueren deutschen Gesetzbücher zählen unbedingt nur die mit einem Grundstück verbundenen Realrechte zu den Immobilien und fordern im Uebrigen für die Rechte eine besondere gesetzliche Begründung dieser Qualität[16]); nach gemeinem Rechte ist sie aber allgemein auch für die selbständigen dinglichen Rechte an Grundstücken z. B. Zins, Zehnten, Nießbrauch anzunehmen, während das Pfandrecht sich nach der Natur des Hauptrechts richtet, insofern es nicht die deutschrechtliche Selbständigkeit behauptet hat[17]). Alle übrigen Rechte werden unbedingt zu den beweglichen Sachen gerechnet[18]), was jedoch, wenn keine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift darüber besteht, nur als eine Auslegungsregel für die Rechtsgeschäfte, und nicht als eine absolut leitende Norm gilt[19]).

b) Vertretbare und unvertretbare Sachen. Diese Eintheilung, welche sich nur auf die beweglichen Sachen bezieht, beruht darauf, ob es bei ihnen auf dasselbe Stück ankommt oder nur die Qualität und Quantität nach Zahl, Maaß oder Gewicht entscheidet. Der Begriff der vertretbaren oder fungiblen Sachen ist jedoch nur ein relativer, da

---

Th. II. Tit. 3. §. 1. — Nürnb. Reformat. Bl. 64 b. Vgl Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte I. S. 30 ff. — Wächter, Handbuch II. S. 226. Note 52. — Kraut, Grundriß §. 63. Nr. 48—52.

15) Extractus der Stadt= und Landsgebräuch im Oberfürstenthum Hessen bei Senckenberg, Selecta jur. III. p. 282. — Phillips, Grundsätze I. §. 55. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 182.

16) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 8. „Wenn (aber) die Befugniß zur Ausübung eines Rechts mit dem Besitze einer unbeweglichen Sache verbunden ist, so ist das Recht selbst als eine unbewegliche Sache anzusehen. — §. 9. Außerdem hat ein Recht die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache nur alsdann, wenn ihm dieselbe durch besondere Gesetze ausdrücklich beigelegt worden.“ — Oesterr. Gesetzbuch §. 298. „Rechte werden den beweglichen Sachen beigezählt, wenn sie nicht mit dem Besitze einer unbeweglichen Sache verbunden, oder durch die Landesverfassung für eine unbewegliche Sache erkläret sind.“

17) arg. L. 3. §. 15. D. de vi et vi arm. Vgl. Baier. Landr. II. Cap. 1. §. 9. — Glück, Pandecten=Commentar II. §. 174. — Thibaut, System I. §. 173. — Kierulff, Theorie I. S. 323. — Unger, System des österr. Privatr. I. S. 394 ff. — R. O. H. G. II. S. 44. IV. S. 55. V. S. 110. Im Allgemeinen stimmt hiermit überein Code civ. Art. 526., vgl. jedoch Art. 529 a. E. — In Betreff des Pfandrechts enthält die Frankf. Reformation Th. II. Tit. 3. §. 1. eine Ausnahme, indem sie „verpfändete Schulden“ allgemein zu den Immobilien rechnet; s. Souchay, Anmerkungen zu der Reformation I. S. 81. Vgl. Arnold, Beiträge zum deutschen Privatr. II. S. 509. und unten §. 100. Nr. III.

18) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 7. — Oesterr. Gesetzb. §. 298. — Code civ. Art. 529. — Glück a. a. O. — Phillips, Grundsätze I. § 55. a. E.

19) Dies erledigt den von Wächter, Handbuch II. S. 226—27. erhobenen Einwand; vgl. oben Note 12.

auch bei ihnen unter Umständen die Individualität geltend gemacht werden kann; auch fällt derselbe nicht zusammen mit dem der verzehrbaren Sachen, deren Benutzung in dem vollständigen Verbrauche besteht[20]), wenn diese letzteren auch meistens vertretbar sind[21]).

c) Theilbare und untheilbare Sachen. Physisch theilbar ist jede Sache; wenn daher der Gegensatz von theilbaren und untheilbaren Sachen gemacht wird, so bezieht sich dies nur auf die Art und Wirkung der Theilung. Einige Sachen nämlich können in der Art getheilt werden, daß nach der Zerlegung der Masse die einzelnen Stücke in ihrer früheren Beschaffenheit bestehen bleiben und nur ihrem körperlichen Gehalte nach vermindert sind. Dies ist bei Grundstücken der Fall, deren Umfang nur durch willkührlich gezogene Grenzen bestimmt wird, und bis auf einen gewissen Grad bei Quantitäten und Gesammtsachen, z. B. Heerden. Im Gegensatze hiervon werden diejenigen Sachen untheilbar genannt, bei denen sich, nachdem sie zerlegt sind, der Begriff des Ganzen nicht im Theile wiederholt, und dahin gehören die meisten beweglichen Sachen. Doch läßt sich die Unterscheidung nur im Allgemeinen und nicht für jeden einzelnen Fall durchführen. Ein Zollstab z. B. kann möglicherweise in zwei gleiche Maaße zerlegt werden, ein Gebäude aber in Verbindung mit dem Boden, auf welchem es errichtet ist, wird in der Regel untheilbar sein.

Dies Alles bezieht sich aber nur auf die physische Theilung; soll eine Gemeinschaft des Rechts an einer Sache bestellt werden, so kommen die einer physischen Theilung entgegenstehenden Hindernisse im Allgemeinen nicht in Betracht. Eine solche Rechtsgemeinschaft, wie bei dem römischen Miteigenthume, dem deutschen Gesammteigenthume, ist aber von der Theilung und beziehungsweise von der Untheilbarkeit der Sache sowohl wie des Rechtes verschieden. Mit allgemeinen Begriffsbestimmungen reicht man für diese Fragen, die zum Theil auf ganz verschiedenen Gebieten liegen, nicht aus; es bedarf vielmehr für die einzelnen Institute des Eigenthums, der Obligation u. s. w. besonderer Erörterungen[22]). — Auch die Untheilbarkeit von Landgütern aus rechtlichen Gründen, z. B. in Folge einer Fideicommißstiftung oder wegen gesetzlicher Vorschrift, hat ihre selbständige Bedeutung.

---

20) Diese früher sehr verbreitete Verwechslung ist auch in die neueren Gesetzbücher übergegangen; s. Pr. A. L. R. a. a. O. §. 120—21. — Oesterr. Gesetzb. §. 301.

21) Ausführliche Erörterungen über diese Begriffe s. bei Wächter a. a. O. S. 227—34.

22) Vgl. im Allgemeinen Wächter, im Archiv für civ. Praxis XXVIII. S. 155—97. — Kierulff, Theorie I. S. 324 ff. — v. Savigny, Obligationen=

§. 75.

II. Rechtliche Eigenschaften der Sachen.

Die hergebrachte Eintheilung der Sachen, je nachdem sie im Verkehre oder außer dem Verkehre sind, und in letzterer Beziehung wieder mit der besonderen Ausscheidung der res divini juris, entspricht nicht mehr unserem heutigen Rechtswesen. Denn wenn es auch an sich eine Frage von großer praktischer Bedeutung ist, ob die freie Verfügung über eine Sache ganz ausgeschlossen oder beschränkt ist; so hängt die Beantwortung derselben von so vielen verschiedenen Umständen ab, welche mit dem ganzen modernen Staats- und Rechtsleben verknüpft sind, daß es unpassend erscheint, eine Menge ungleichartiger Rechtsregeln als Grund einer systematischen Eintheilung zusammenzufassen[1]). Folgende Unterscheidungen werden hier genügen.

I. Oeffentliche und Privatsachen. Diese Eintheilung, welche besonders für das Recht der Grundstücke von Bedeutung ist, bezieht sich in ihrem heutigen Gebrauche zunächst auf die Person des Eigenthümers, je nachdem dieselbe eine Privatperson oder der Staat oder eine Gemeinde ist.

a) Die Staatsgüter. Sie befinden sich im Eigenthume des Staates, welcher mit ihnen oder ihrem Ertrage entweder unmittelbar seine Bedürfnisse bestreitet, oder sie, wenn auch mit gewissen Beschränkungen und gegen gewisse Abgaben, dem öffentlichen Gebrauche überläßt. Eine Unterart der Güter ersterer Art bilden die Kammergüter oder Domainen[2]); für die dem Gebrauch überlassenen Sachen, zu denen die öffentlichen Flüsse, Landstraßen, Staatseisenbahnen[3]) u. s. w. gehören, sind entweder allgemeine gesetzliche Vorschriften maaßgebend oder die Lehre von den Regalien wirkt darauf bestimmend ein. Daß aber die im römischen Rechte gegebenen Privatrechtsmittel wegen Störung in der

---

recht I. S. 304 ff. — Unger a. a. O. §. 51. Das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 41. bestimmt: „Eine Sache heißt untheilbar, wenn entweder Natur oder Gesetz der Absonderung ihrer Theile von einander entgegen stehen."

[1]) Phillips, Grundsätze I. §. 54. — Wächter, Handbuch II. S. 280—87. — Kierulff, Theorie I. S. 310—12. — Dagegen hat Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 174. die Eintheilung noch beibehalten, jedoch in einem von dem römischen Rechte abweichenden Sinne. Hierher gehören die Streitschriften über das Eigenthum an den Baseler Festungswerken von Keller, Rüttimann, Dernburg, Jhering und überhaupt: H. Wappäus, zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen. Göttigen 1867.

[2]) Ueber die Geschichte und die gegenwärtige Bedeutung der Domainen s. Reyscher, in der Zeitschr. für deutsches Recht II. 1. S. 55—68. — Zachariä, deutsches Staats- und Bundesrecht II. §. 207.

[3]) Vgl. Reyscher a. a. O. XIII. S. 243—302.

Benutzung[4]) jetzt ohne alle Geltung sind, läßt sich nicht behaupten; sie können namentlich in Beziehung auf die öffentlichen Gewässer bei der oft unvollkommenen Flußpolizei von Wichtigkeit sein, und wo der Kläger ein eigenes Interesse bei der Klage darthun kann, werden sie auch in der Praxis zugelassen[5]). Gewöhnlich tritt gegenwärtig allerdings, wenn die Staatsbehörden nicht von Amtswegen einschreiten, eine Beschwerde auf Beseitigung des Hindernisses ein. — Staatsgüter stehen nun an und für sich nicht außer dem Verkehre und sind nicht unveräußerlich; aber bei wichtigeren Veräußerungen, namentlich von Domanialgütern pflegen die Landesgesetze beschränkende Bestimmungen zu enthalten, und wo den Agnaten des Regierhauses das Recht der Zustimmung gebührt, muß dieses gewahrt werden. Ueber sein Privatvermögen (das Chatullgut) hat der Souverän wie jeder andere Eigenthümer die freie Verfügung.

b) Die Gemeindegüter. Auch hier unterscheidet man das eigentliche Gemeindegut (patrimonium universitatis), welches unmittelbar den Zwecken der Gemeinde dient, und die dem öffentlichen Gebrauche überlassenen Gemeindesachen. Außerdem kommt hier aber noch eine dritte Art des Vermögens in Betracht, wenn nämlich die Benutzung gewisser Gemeindegüter den einzelnen Mitgliedern der Corporation als selbständiges Recht zusteht. Die Betheiligten haben dann bei Veräußerungen solcher Gemeindegüter ihr bestimmtes Interesse wahrzunehmen; andere Beschränkungen in der Verfügung, namentlich die vorher einzuholende Genehmigung der vorgesetzten Staatsbehörden, hangen von der Gemeindeverfassung ab. — Auch die Kirchengüter gehören hieher, insofern sie in dem Eigenthum der Gemeinden stehen; sie können aber auch in dem Eigenthum der einzelnen Kirchen und der kirchlichen Institute sich befinden[6]). Von den eigentlichen Kirchengütern sind aber die Pfarreigüter zu unterscheiden, sowie die selbständigen Rechte von Privatpersonen auf Kirchenstühle und Erbbegräbnisse[7]).

---

[4]) Puchta, Pandecten §. 35. a.

[5]) Strippelmann, neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des O. A. Gerichts zu Cassel II. S. 189—96. — Seuffert V. Nr. 97. 134. IX. Nr. 293.

[6]) Vgl. im Allg. Gierke, Genossenschaftsrecht II. §. 19. III. S. 804. — Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts II. S. 647 ff. 765 ff. — Richter, Lehrbuch des Kirchenrechts (7. Aufl.) §. 308 ff. — B. Hübler, der Eigenthümer des Kirchenguts. Leipzig 1868. Die Schrift ist wesentlich referirend und kritisch und gelangt nur S. 152 zu dem Ergebniß, daß die Controverse über das Subject des Eigenthums am Kirchengut eine civilistische ist, ohne daß eine gemeinrechtliche Regel darüber aufgestellt wird.

[7]) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 11. §. 681. 772—856. — Haubold, Lehrbuch des Königl. Sächsischen Privatrechts §. 177—78. — Seuffert VI. Nr. 240. XI. Nr. 272. XXVI. Nr. 103. XXXII. Nr. 332. — R. G. VII. Nr. 43.

Inwiefern das Vermögen anderer juristischer Personen, welche nicht zu den Gemeinden gehören, als reines Privatgut oder wenigstens in gewisser Beziehung als öffentliches Gut zu betrachten ist, das hängt von der besonderen Stellung und dem Zweck der einzelnen Stiftungen und Genossenschaften ab. Namentlich die milden Stiftungen finden sich häufig in eine bestimmte Beziehung zu einer Gemeinde gesetzt.

c) Die Privatgüter. Bei diesen entscheidet der rein privatrechtliche Charakter des Eigenthums, wenn auch Beschränkungen in der Verfügung, z. B. bei Lehen- und Fideicommißgütern, nicht ausgeschlossen sind.

II. Die herrenlosen Sachen (res nullius, adespota). Eine Sache kann herrenlos, d. h. ohne Eigenthümer sein, weil sie zufällig noch keinen solchen gefunden oder weil sie ihrer Natur nach der Herrschaft des Menschen entzogen ist[8]). Zu den Sachen der letzteren Art gehört z. B. die Luft, insofern nicht der Eigenthümer eines Grundstücks auch über die Luftsäule verfügen kann[9]).

III. Die befriedeten Sachen. Gewisse Sachen sind unter einen erhöhten Rechtsschutz oder Frieden[10]) gestellt, so daß Verbrechen, die an ihnen begangen werden, z. B. Diebstahl an heiligen Gegenständen, an Ackergeräthen auf dem Felde, oder die innerhalb ihres Bezirkes vorfallen, z. B. in den Kirchen, den landesherrlichen Schlössern, den Börsen, eine besonders harte Strafe nach sich ziehen[11]). Nach germanischer Rechtsanschauung, die vor allen der Engländer noch werth hält (my house is my castle), steht die Wohnung, Haus und Hof, unter einem besonderen Frieden[12]), und in neuerer Zeit erheischt es die öffentliche Sicherheit, Eisenbahnen und Telegraphen, wie früher schon die Deiche, durch harte Strafandrohungen gegen Beschädigungen zu sichern.

---

[8]) Man pflegt wohl auch solche Sachen hieher zu zählen, deren Besitz den Privatpersonen aus polizeilichen Gründen verboten ist, s. Kierulff, Theorie I. S. 311. — Wächter, Handbuch II. S. 281. Aber das ist doch ungenau, da außerhalb des Staatsgebietes der Inhaber sein Recht daran geltend machen kann, und der Staat selbst, welcher die Sache confiscirt, Eigenthümer derselben wird.

[9]) Der Begriff der herrenlosen Sachen ist von besonderer Wichtigkeit für die Lehre von den Regalien geworden; s. unten §. 92. Note 11.

[10]) S. oben §. 61. Note 1.

[11]) Eichhorn, Einleitung §. 155. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 188. — Phillips, Grundsätze I. §. 54. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 188. — Das Detail der Lehre gehört ins Strafrecht.

[12]) Vgl. Cropp, in den criminalist. Beiträgen von Hudtwalcker und Trummer II. 1. S. 16—18. — Albrecht, die Gewere S. 12. 13. — Reichs-Strafgesetzbuch § 123. 124. und Beseler, Kommentar zum Pr. St. G.-B. S. 403—5. 586.

III. Verhältniß mehrerer Sachen zu einander.

§. 76.

a) Gesammtsachen.

Von den einzelnen Sachen, auch solchen, die aus verschiedenen Bestandtheilen zusammengesetzt sind (res connexae, z. B. ein Schiff, ein Haus), unterscheidet sich die Gesammtsache. Diese besteht aus einem Inbegriff an sich selbständiger, im Wesentlichen gleichartiger Sachen, welche zu einem bestimmten Zweck verbunden und mit einem gemeinsamen Namen bezeichnet, auch juristisch als eine Einheit, als Eine Sache betrachtet werden und als solche zum Gegenstande von Rechtsgeschäften gemacht werden können[1]). In der Regel findet ein solches Verhältniß nur bei einer Mehrheit beweglicher Sachen statt; doch kann auch ein Landgut, welches aus einem Gütercomplex von Aeckern, Wiesen, Brüchen u. s. w. zu bestehen pflegt, als eine Gesammtsache aufgefaßt werden[2]). — Davon verschieden ist aber der Begriff eines Vermögensganzen, wie Nachlaß, Mitgift, Errungenschaft, indem hier die Bedeutung der einzelnen, gewöhnlich nicht gleichartigen Stücke in ihrem Verhältniß zu einander zurücktritt, und nur die Identität des Rechtsverhältnisses eine rechtliche Einheit begründet[3]).

1. Eine Gesammtsache in dem vorher angegebenen Sinn kann nicht beliebig durch Privatwillkühr geschaffen werden, vielmehr ist der Begriff auf die in der Uebung des Geschäftsverkehrs festgestellten Arten zu be-

---

[1]) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 32. „Mehrere besondere Sachen, die mit einem gemeinschaftlichen Namen bezeichnet zu werden pflegen, machen einen Inbegriff von Sachen aus, und werden, zusammen genommen, als ein einzelnes Ganze betrachtet." — Oesterr. Gesetzbuch §. 302. „Ein Inbegriff von mehrern besondern Sachen, die als Eine Sache angesehen und mit einem gemeinschaftlichen Namen bezeichnet zu werden pflegen, macht eine Gesammtsache aus und wird als ein Ganzes betrachtet." Vgl. Roth, Bayr. Civilr. II. §. 114. Note 11.

[2]) Wächter, Handbuch II. S. 235. Note 5. Vgl. L. 30. D. fam. ercisc.

[3]) Wenn hier die s. g. universitas facti in einem bestimmten Sinne von der universitas juris genau unterschieden wird, so ist damit für die letztere die allgemeine Geltung der Regel: Res succedit in locum pretii et pretium in locum rei, welche von der neueren Theorie mit Recht verworfen worden, natürlich noch nicht behauptet. Doch ist schon hier darauf aufmerksam zu machen, daß für bestimmte deutschrechtliche Verhältnisse, z. B. bei Anschaffungen aus einem bestimmten Vermögenstheile der Ehegatten während der Ehe, jene Regel von eigenthümlicher Bedeutung ist; s. Kraut, die Vormundschaft II. S. 341. Note 10. — Im Allgemeinen ist außer den bekannten Abhandlungen von Hasse, Warnkönig, Mühlenbruch zu vergleichen: Kierulff, Theorie I. S. 317 ff. — Wächter, Handbuch II. S. 235 ff. und Erörterungen §. S. 1 ff. — Göppert, über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen nach römischem Recht. Halle 1871.

schränken. Auch giebt der Collectivname für eine Mehrheit gleichartiger Sachen nicht allein den Ausschlag, sondern die einzelnen Stücke müssen durch ihre gemeinsame Bestimmung in das Ganze aufgehen, so daß sie in diesem Verhältnisse als fungible Sachen erscheinen. Die wichtigsten Arten solcher Gesammtsachen sind das Waarenlager, das Gutsinventar und die Viehheerde[4]).

2. Der Wechsel der einzelnen Stücke hebt den Begriff der Gesammtsache nicht auf, und die Substanz derselben wird dadurch nicht geändert. Daher verliert die ausgeschossene Sache diejenige Eigenschaft, welche sie nur als Bestandtheil des Ganzen hatte, und die neu angeschaffte wird in dessen Rechtssphäre hineingezogen. Doch ist dabei vorauszusetzen, daß das Ausschießen und Einverleiben nach dem Bedürfnisse des Geschäftsbetriebes und überhaupt nach dem Zwecke des vorliegenden Rechtsverhältnisses geschieht[5]). Auch können die Rechte dritter Personen durch die Handlung des Einverleibens nicht verletzt werden; die analoge Ausdehnung des Princips der actio de tigno juncto erscheint namentlich als unzulässig[6]).

3. Die Gesammtsache ist als ein körperlicher Gegenstand und nicht blos als ein Begriffsganzes zu betrachten; es ist daher nach deutschem Rechte die unmittelbare Erwerbung von Besitz und Eigenthum an derselben nicht ausgeschlossen[7]).

§. 77.

b) Hauptsachen und Nebensachen.

Zwischen mehreren Sachen kann eine solche Beziehung bestehen, daß die Eine, die Hauptsache (res principalis), welche regelmäßig auch die werthvollere ist, als das selbständige Rechtsobject erscheint, während die

---

[4]) Kierulff a. a. O. S. 319. — Bornemann, systematische Darstellung des preuß. Civilrechts I. S. 107.

[5]) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 36. „An den Befugnissen und Lasten eines Inbegriffs nehmen alle einzelne darunter begriffene und demselben in der Folge zuwachsende oder einverleibte Stücke Theil. — § 37. Wenn aber ein einzelnes Stück im ordentlichen Laufe der Natur, oder der Geschäfte, von dem Ganzen abgesondert worden, so hört die Theilnehmung desselben an den Rechten und Lasten des Inbegriffs auf. — §. 38. Durch den Zutritt oder Abgang werden die Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung des Ganzen nicht geändert." — Vgl. v. Zeiller, Commentar über das österr. Gesetzbuch II. 1. S. 28.

[6]) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 39. „Auch gehen die besonderen Rechte und Lasten einer einzelnen Sache blos durch die einseitige Handlung, vermöge welcher die Sache einem Inbegriffe einverleibt worden ist, noch nicht verloren."

[7]) Bornemann a. a. O. Note 4. — Nach römischem Rechte ist dies wohl anders, obgleich es doch auch die Vindication direct auf das Ganze richten läßt; vgl. Wächter, Erörterungen I. S. 17 ff.

andere, die Nebensache (accessio), von jener abhängig ist und an den sie betreffenden Rechtsverhältnissen von selbst Theil nimmt. Unter den Nebensachen sind dann besonders die Früchte und die Zubehörungen hervorzuheben; die Verwendungen und die namentlich für das Lehenrecht so wichtigen Meliorationen mit dem Gegensatze der Deteriorationen werden durch die Natur der Rechtsverhältnisse, und nicht durch die Beziehungen der Sachen zu einander bestimmt.

α) Die Früchte. Frucht im engeren Sinne ist das organische Erzeugniß einer Sache, welches dazu bestimmt ist, bei dem Wechsel der Individuen die Gattung fortzusetzen und zu erhalten. Im weiteren Sinn rechnet man aber auch andere organische Erzeugnisse, welchen jene Bestimmung abgeht, zu den Früchten, wie die Blätter des Baums, die Pflanzen der Erdoberfläche, Wolle, Milch u. s. w. In diesem Sinne ist Frucht der natürliche Ertrag einer Sache, mit Ausschluß des mit dem unmittelbaren Gebrauche verbundenen Nutzens, und das ist die gewöhnliche Bedeutung derselben in rechtlichen Verhältnissen. — Eine weitere Ausdehnung des Begriffs findet dann statt, wenn man von s. g. bürgerlichen Früchten (fructus civiles im Gegensatze der fructus naturales) spricht, und die Einkünfte, welche eine Sache in Folge besonderer Rechtsverhältnisse abwirft, — Pacht- und Miethszins, Grundzinsen, Zinsen aus Geld — darunter befaßt[1]). — Als eine besondere Art der natürlichen Früchte werden noch die s. g. Industrialfrüchte hervorgehoben, welche nicht ausschließlich durch die innere Kraft der Sache selbst, sondern erst mit Hülfe menschlicher Arbeit hervorgebracht werden. Diese Unterscheidung ist zwar für den Begriff an sich und nach der Entwickelung desselben im römischen Recht ohne Bedeutung; aber nach deutschem Rechte knüpften sich wichtige Folgen für die Lehre von dem Fruchterwerbe daran[2]).

β) Die Zubehörungen[3]). Zubehörungen (res pertinentes) sind Sachen, welche, ohne einen integrirenden Theil einer anderen Sache

---

[1]) Wenn Heimbach, die Lehre von der Frucht (Leipzig 1843.) S. 29 ff. den Begriff der fructus civiles im römischen Rechte nicht anerkannt findet, so gilt das doch nur für die Benennung und nicht für die rechtliche Behandlung. Aehnlich verhält es sich nach dem älteren deutschen Rechte, welches aber überhaupt die Lehre von dem Fruchterwerbe nicht an dem Begriff der Frucht, sondern an dem des Ertrags entwickelt.

[2]) Heimbach a. a. O. S. 40—43. 270—82.; s. unten §. 87. Note 18.

[3]) Der Begriff der Zubehörungen ist schon im römischen Recht festgestellt, aber die erweiterte Einwirkung der Privatwillkühr nach deutscher Rechtsanschauung und die Eigenthümlichkeit der modernen Rechtsverhältnisse überhaupt lassen die römische Behandlung der Lehre als nicht ausreichend erscheinen. Daher tragen die Abhandlungen von Gesterding, alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten

zu bilden und in deren Substanz aufzugehen, doch mit ihr in eine solche Verbindung gebracht sind, daß sie ihr angehören und regelmäßig von den Rechtsvorschriften und Geschäften, welche sich auf die Hauptsache beziehen, mit erfaßt werden. Damit ein solches Verhältniß begründet werde, ist im Allgemeinen erforderlich, daß die Zubehörung zum Dienste der Hauptsache selbst bestimmt, auch wirklich auf die Dauer[4]) mit ihr verbunden worden ist. Dies kann nach neueren Gesetzen in gültiger Weise nur von dem Eigenthümer der Nebensache geschehen; gemeinrechtlich ist diese Regel aber nicht, da die Frage der Pertinenzqualität unabhängig von der des Eigenthumserwerbes ist[5]). Die Verbindung wird freilich gewöhnlich nur von demjenigen vorgenommen werden, welcher Eigenthümer der Hauptsache ist, da er allein ein dauerndes Interesse an deren Verbesserung zu haben pflegt; für Andere wird meistens der Gesichtspunkt der Verwendungen (impensae) maaßgebend sein.

Die Verbindung also der einen Sache mit der andern, wenn sie auch nicht nothwendig eine körperliche Vereinigung zu sein braucht, ist die allgemeine Voraussetzung der Pertinenzqualität; es muß aber, damit diese Eigenschaft begründet wird, noch ein anderer Umstand hinzukommen, der entweder in dem natürlichen Verhältniß der Sachen unter einander oder in einer bestimmten Rechtsregel oder in einer besonderen Willenserklärung des Eigenthümers enthalten sein kann. In dieser letzteren Beziehung stellt sich die Sache für die Theorie am Einfachsten, weil es dabei allein auf die Auslegung einer Handlung ankommt; auch die Rechtsregel, welche wenn sie gesetzlich vorgeschrieben ist, eben die Bestimmung hat, Zweifel zu beseitigen, bietet keine weiteren Schwierigkeiten dar, — nur ist zu bemerken, daß sie im Allgemeinen der Privatwillkühr keinen Zwang auferlegt und

---

S. 301—90 und von Funke, die Lehre von den Pertinenzen. Chemnitz 1827. (2. Ausg. 1850.), den Charakter der Einseitigkeit an sich. Die Ansichten der älteren Praktiker sind zusammengestellt bei Müller, promtuarium juris V. p. 330—38. Einige gute Notizen enthält C. F. Hommel, Pertinenz und Erbsonderungsregister. 5. Aufl. herausgegeben von G. L. Winkler. Leipzig 1794. Die beste Darstellung der Lehre findet sich bei Kierulff, Theorie I. S. 330—38., womit zu vergleichen Wächter, Handbuch II. §. 41. und Erörterungen I. S. 37 ff. — Unger, österr. Privatrecht II. §. 55. — Roth, Bayr. Civilr. I. §. 115. Nr. 11.

[4]) Als Regel ist dies festzuhalten, wenn auch mit einem gewissen Maaße. Gelten z. B. im Allgemeinen Pfähle als Zubehörungen eines Weinbergs, so wird es genügen, wenn solche nur übehaupt für einen bestimmten Weinberg verwendet und bei demselben gelassen sind, ohne daß es gerade auf die Absicht, sie stets da zu lassen, ankommt.

[5]) Ich habe früher wegen Pr. A. L. R. . 2. §. 60. 108. die entgegenstehende Ansicht aufgestellt, finde aber die Einwendung von Unger a. a. O. S. 443. begründet.

daher nur eine Rechtsvermuthung für die Pertinenzqualität begründet[6]). Soll diese aber allein nach der Natur des Verhältnisses begründet werden, so ist es allerdings oft schwierig, dieselbe mit juristischer Sicherheit festzustellen, da aus thatsächlichen Beziehungen, die sich nicht in der Form eines Rechtsgeschäftes geltend zu machen pflegen, die entscheidende Folgerung gezogen werden muß. Die lange Dauer der Verbindung, obgleich unter Umständen ein wichtiges Moment, kann nicht einmal als ein wesentliches Erforderniß angesehen werden und giebt auch allein nicht den Ausschlag. Landesgebrauch und Sitte, wenn auch nicht zum Gewohnheitsrecht befestigt, bieten oft den besten Anhalt für die Entscheidung; zuletzt aber kommt doch Alles auf die Untersuchung des thatsächlichen Verhältnisses an, welches wieder in verschiedenen Combinationen hervortritt.

1. Bewegliche Sachen als Zubehörungen von Gebäuden. Dies ist derjenige Fall, in welchem die Pertinenzqualität am Häufigsten zur Sprache kommt; man hat für denselben die allgemeine Regel gebildet: Alles, was erd- (band-), wand-, nied- und nagelfest ist, ist Zubehör des Gebäudes[7]). Es gilt aber auch hier die Beschränkung, daß die gesetzliche Pertinenzqualität nur vermuthet wird, und also durch Privatwillkühr ausgeschlossen werden kann. Außerdem ist noch, der oben gegebenen Begriffsbestimmung gemäß, hervorzuheben, daß die Verbindung der Nebensache mit dem Gebäude zum Besten desselben, so daß sie jedem Besitzer zu Gute kommt, und nicht blos zum besonderen Nutzen oder Vergnügen des Eigenthümers geschehen sein muß; die unzweifelhafte Willenserklärung des Betheiligten kann jedoch auch in dieser Beziehung die Pertinenzqualität über die gesetzliche Regel ausdehnen[8]).

---

[6]) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 48–108. — Oesterr. Gesetzb. §. 294—97. — Code civ. Art. 524—25.

[7]) Goslar. Statuten (Göschen) S. 26. Z. 23 — Nürnberg. Reformation Th. II. Tit. 16. Ges. 6. — Frankf. Reform. Th. II. Tit. 3. §. 19. — Lüneburg. Stadtr. Th. II. Tit. 3. (Pufendorf, observatt. jur. IV. in app. p. 661.) — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 80. — Oesterr. Gesetzb. §. 297. — Seuffert VII. Nr. 286. — In der Frankf. Reformation a. a. O. sind außerdem alle ein Grundstück betreffenden Documente zu dessen Zubehörungen gezählt, — ein Rechtssatz, der sich auch für Landgüter findet z. B. nach der ritterschaftlichen Hypothekenordnung für Mecklenburg in Betreff der Hypothekenbücher, und auch für das gemeine Recht sich vertreten läßt. Vgl. L. 52. pr. D. de act. emt. (19, 1.) — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 67. — Beseler, in der Zeitschr. für deutsches Recht X. S. 129. — S. Stryk. de probatione pertinentiarum in opp. vol. VI. diss. III. cap. 1. Nr. 73. 74. — Hommel, Pertinenz- und Absonderungsregister s. v. Urkunde S. 388. — v. Zeiller, Commentar II. S. 19. — Weiske, Landwirthschaftsrecht §. 307. Note 1.

[8]) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 81. — S. Stryk. l. c. Nr. 76. — Hommel a. a. O. Einleitung §. 13. — Glück, Pandecten-Commentar II. S. 473 ff.

2. Bewegliche Sachen als Zubehörungen von Landgütern. Das ältere deutsche Recht kennt namentlich das Gutsinventar als Zubehör von Landgütern[9]), und auch die neueren Gesetzgebungen fassen dies Verhältniß als die Regel auf[10]). Allein nach heutigem gemeinen Recht ist die Vermuthung für die Pertinenzqualität des Gutsinventars nicht begründet, wenn dieselbe auch vertragsmäßig oder letztwillig oft festgestellt wird[11]).

3. Gebäude als Zubehörungen von Landgütern oder einzelnen Grundstücken, z. B. das Gartenhaus in einem Garten. Doch ist hier der Fall der superficies auszuscheiden.

4. Grundstücke als Zubehörungen von Gebäuden, z. B. der Holzplatz, Garten.

5. Grundstücke als Zubehörungen von Landgütern. Dies Verhältniß, an sich schon schwierig, ist durch die Theorie noch mehr verwirrt worden. Man hat nämlich den Fall hierher gezogen, wenn von den nach gesetzlicher Vorschrift untheilbaren Bauergütern einzelne Grundstücke ungültig veräußert sind, zu deren Wiedererlangung die s. g. Reunionsklage zusteht[12]). Allein das hier zur Anwendung kommende Princip der Untheilbarkeit wirkt allgemein und erfaßt sämmtliche zur geschlossenen Hufe gehörenden Grundstücke, welche regelmäßig als integrirende Bestandtheile derselben erscheinen[13]), so daß, wenn man denselben in diesem Fall allgemein eine Pertinenzqualität beilegt, ein ganz neuer Begriff mit selbständigen Wirkungen darunter verstanden wird[14]). Pertinenzen in diesem

---

[9]) Die Beweisstellen sind abgedruckt: Beseler, Lehre von den Erbverträgen I. S. 29. Note 19. 20. — S. 164–66. Note 21—28.

[10]) Oesterr. Gesetzb. §. 296. „Auch das Getreide, das Holz, das Viehfutter und alle übrige, obgleich schon eingebrachte Erzeugnisse, so wie alles Vieh und alle zu einem liegenden Gute gehörige Werkzeuge und Geräthschaften werden in so fern für unbewegliche Sachen gehalten, als sie zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes erforderlich sind." Vgl. von Zeiller, Commentar zu dieser Stelle. — Pr. A. L. R. a. a. O. §. 48—63.

[11]) Zu weit geht für das gemeine Recht Heyne in Weiske's Rechtslexicon VII. S. 907 ff.

[12]) Runde, Grundsätze §. 258. — Hagemann, Landwirthschaftsrecht §. 159. 160. — Eichhorn, Einleitung §. 154. — Phillips, Grundsätze I. §. 57. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 187. 222. — Gerber, System §. 59.

[13]) Daher heißt es auch in der Hildesheim. Dienstordnung von 1733. §. 38. (Kraut, Grundriß §. 65. Nr. 5.) „Die partes integrantes derer dienstpflichtigen Höfe, so — ohne Dienst- und Gutsherrn-Konsens davon abgesplissen, versetzt, zum Brautschatz mitgegeben, oder sonst auf andere Weise getrennt sind, sollen den Höfen, wozu sie gehören, wieder beigelegt werden."

[14]) Particularrechte haben diesen Sprachgebrauch allerdings angenommen; s. z. B. das chursächsische Generale vom 14. Oct. 1799., die neue Instruktion für die Steuerrevisoren betreffend. §. 28. (Schaffrath, C. S. I. S. 1319.) „Unter Pertinenz-Stücken werden nach der Steuer-Verfassung diejenigen verstanden,

Sinne sind nämlich solche Grundstücke, welche zu einem Landgute als dessen Bestandtheile gehören und von demselben nicht abgelöst und veräußert werden können, — im Gegensatze zu den s. g. walzenden Grundstücken oder dem fliegenden Lande, welche einer solchen Beschränkung nicht unterworfen sind.

Diese Lehre ist bei dem Recht der Bauergüter abzuhandeln; hier ist nur der Fall in Betracht zu ziehen, wenn Grundstücke als Zubehörungen von Landgütern vorkommen, ohne einen integrirenden Bestandtheil derselben zu bilden, — also in dem oben aufgestellten technischen Sinne des Wortes. Häufig ist dies nun eben nicht; es kann aber doch geschehen, daß einzelne Grundstücke mit einem Hauptgute auf die Dauer verbunden sind und zu dessen Besten bewirthschaftet werden, ohne gerade als Theile demselben incorporirt zu sein. Ein solches Verhältniß findet meistens bei weniger bedeutenden, von dem Hauptgute getrennt liegenden Ländereien statt, besonders wenn sie zu einem bestimmten Zwecke, der Weide, Beholzung u. dgl. demselben dienen, und gerade auf diese Gemeinschaft der Oekonomie ist außer der Thatsache der Vereinigung ein besonderes Gewicht zu legen, wenn die Pertinenzqualität festgestellt werden soll. Für die Herstellung des Beweises sind die gewöhnlichen Beweismittel des gemeinen Rechts zulässig; vorzugsweise kommen dabei aber doch die Urkunden in Betracht. Bei Rittergütern sind namentlich die alten Ritterrollen und Matrikel nebst den Steuerregistern, bei den Bauergütern die gutsherrlichen Heberollen, die Urbarien, Erd=, Lager=, Saalbücher u. s. w. von besonderer Wichtigkeit[15]) Wo das Hypothekenwesen im Sinne der modernen Auffassung auf Grund der öffentlichen Bücher consequent geordnet und namentlich durch eine genaue Gutsbeschreibung oder durch Eintragung als Ver=

---

die ao. 1628 unter dem vollen Schock=Quanto eines Gutes oder Hauses, in einer unzertrennten Schock=Summe mit verschatzt worden sind, dagegen diejenigen einzelnen Grundstücken an Aeckern, Wiesen, Hölzern u. s. w., die in ermeldetem Jahre mit ihren eigenen besonderen Schocken in Ansatz stehen, oder erst nachher einzeln beschockt worden sind, für walzende Grundstücken geachtet werden.“ Vgl. Haubold, Lehrbuch §. 174.

[15]) Die oben Note 12. angeführten Schriftsteller handeln weitläufig über die einzelnen Beweismittel; die letzte Entscheidung bleibt immer im einzelnen Fall dem richterlichen Ermessen überlassen. — Ueber die nach der Art der Abfassung zu beurtheilende Beweiskraft der Saal= und Lagerbücher s. Strube, rechtliche Bedenken I. Nr. 86. — v. Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen I. Nr. 14. — V. Nr. 38. — Reyscher, Privatr. I. §. 242. — Wächter, Handbuch II. §. 55—59. — Erörterungen I. Nr. 7. — (Reyscher) Rechtliches Gutachten der Juristenfacultät zu Tübingen. Heilbronn 1846. — B. Meyer, das Colonatrecht im Fürstenthum Lippe=Detmold II. S. 195. 200. — Seuffert I. Nr. 290 291. V. Nr. 77. IX. Nr. 95. XVI. Nr. 158. — Strippelmann, neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des O. A. G.'s zu Cassel I. S. 708—18.

lassung zu Eigenthum das Object der Hypotheken gehörig bestimmt ist, pflegen auch diese Verhältnisse offiziel festgestellt zu sein[16]).

6. Realrechte als Zubehörungen von Grundstücken. Sie kommen sowohl bei städtischen als auch bei ländlichen Grundstücken vor. Wenn bei letzteren der Ertrag der Realrechte, z. B. der Weide, Beholzung, Sand- und Steinfuhren unmittelbar zum Besten des Gutes bestimmt ist, so kommen sie dem Gegenstande nach mit den verwandten Prädialservituten des römischen Rechts überein; meistens erscheinen solche deutschrechtliche Realrechte aber als die Ausflüsse bestimmter guts- und gemeinderechtlicher Verhältnisse, und müssen, nach den Rechtsgrundsätzen, welche für diese gelten, beurtheilt werden[17]). — Bei städtischen Grundstücken kommen namentlich Gewerbsprivilegien als Realrechte vor[18]).

7. Bewegliche Sachen als Zubehörungen von anderen beweglichen Sachen. Der wichtigste hieher gehörige Fall ist das Schiffsinventar, welches ähnlich wie das Inventar einer Fabrik zu beurtheilen ist[19]). Es finden sich auch noch andere Beispiele, z. B. der Schlüssel als Zubehörung eines Schrankes; sie sind im Ganzen aber nur von untergeordneter Bedeutung[20]).

Zweites Kapitel.

Der Besitz.

§. 78.

Die Gewere*).

In den älteren deutschen Rechtsquellen kommt das Wort vestitura in dem Sinne vor, daß es die Einkleidung oder Einweisung in den

---

16) S. z. B. rev. ritterschaftliche Hypothekenordnung für Mecklenburg-Schwerin vom 18. Oct. 1848. §. 1. 2. — K. Sächs. Gesetz vom 6. Nov. 1843. §. 55. 155—59. 169.

17) Vgl. Juristische Abhandlungen und Rechtsfälle von Ortloff, C. M. E. Heimbach, G. E. Schüler und C. J. Guyet I. Nr. 5. 6. S. 223 ff. und unten §. 84 — Bluntschli, deutsches Privatrecht §. 52. Die Pertinenzqualität der Realrechte wird überhaupt bestritten von Unger, österr. Privatr. I. S. 455., aber im entschiedensten Widerspruch mit den Grundsätzen des älteren und neueren deutschen Rechts.

18) Ueber den Beweis s. S. Stryk. l. c. cap. 2. Nr. 114—16. — Seuffert IV. Nr. 7.

19) Vgl. unten §. 260. Note 5.

20) Wächter, Handbuch II. S. 256—57. — Sehr weit gehende Bestimmungen hat das Pr. A. L. R. Th. II Tit. 2. §. 91. 96—101.

*) Das grundlegende Werk für diese Lehre bleibt: W. E. Albrecht, die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. Königsb. 1828., wenn

Besitz eines Grundstückes als Folge der Auflassung bedeutet; die althochdeutsche wörtliche Uebersetzung eines Capitulare hat dafür die Bezeichnung geuueri[1]). Vestitura bedeutet aber auch in gleichzeitigen Quellen den Besitz selbst, sowohl schlechthin als auch mit der bestimmten Bedeutung der Rechtsmäßigkeit desselben[2]). Dieser Sprachgebrauch klingt noch bis ins 12. Jahrhundert nach[3]), und hat sich in der deutschen Rechtssprache des späteren Mittelalters in der Gewere zu einem bestimmten technischen Ausdruck festgestellt. Abgesehen nämlich von der Gewere oder Were im Sinne von Haus und Hof, welche nicht hieher

---

auch im Einzelnen von Gaupp, Homeyer u. A. Manches berichtigt worden ist. Eine fleißige Zusammenstellung der Quellenzeugnisse giebt: O. Stobbe, in der allg. Encyclopädie von Ersch und Gruber I. Sect. Bd. 65. S. 428—88. Neuere Bearbeitungen sind außerdem: Gerber, in der Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. XI. Nr. 1. — F. Stein, Untersuchungen über die Entwickelung und Fortbildung des deutschen Sachenrechts. 1. Abth. Erlang. 1857. — L. Rückert, Untersuchungen über das Sachenrecht der Rechtsbücher (Leipzig 1860.) §. 7—12. — A. Agricola, die Gewere zu rechter Vormundschaft. Gotha 1869. — P. Laband, die vermögensrechtlichen Klagen nach den Sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters. Königsberg 1869. (für die processualische Seite des Instituts der Gewere sehr wichtig). — A. Heusler, die Gewere. Weimar 1872.

1) Capit. Aquisgr. V. ai 819. (nach Pertz 817., s. jedoch Boretius, capitularia I. p. 280.) cap. 6. bei Pertz. L. L. I. p. 211. und die Uebers. ebendas. und bei Walter II. app. I. — Wegen der Ableitung des Wortes geweri von werjan, Goth. vasjan — vestire s. J. Grimm, R. A. S. 355—56. 602. und über die Bedeutung überhaupt: Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. S. 22 ff. — In einem verwandten Sinne wird vestitura auch als Bekleidung eines Landguts, Gutsinventar gebraucht; s. oben §. 77. Note 9.

2) Capit. Aquisgr. VII. cap. 2. (Pertz, l. c. p. 217.) Volumus autem ut de his libertatibus et rebus reddendis quae in nostra vestitura sunt, primo per optimos quosque inquiratur — — Capit. ai 819. cap. 6. (Pertz l. c. p. 227.) Vestitura domni et genitoris nostri eo modo volumus ut teneatur, ubicumque esse dicitur, ut prius diligentissima investigatione perquiratur. Et si invenitur esse justa et legitima, tunc vestitura dicatur; nam aliter ne vestitura nominari debet, sive sit in ecclesiasticis sive in palatinis rebus. — Chlothachar. II. Edict. ai 614. cap. 17. (Pertz l. c. p. 15.) — Capit. Aquisgr. V. cap. 20. (Pertz l. c. p. 213.) — Capit. Caroli II. ai 853. cap. 3. (l. c. p. 419.) — ai 873. cap. 8. (l. c. p. 529.) Vgl. Lehre von den Erbvertr. I. S. 37. Note 44. — Gaupp, in der Zeitschr. für deutsches Recht I. 1. S. 98.

3) Annal. Hildesh. ad a. 1039. (Pertz S. S. III. p. 103.) — Sententia Cuonradi R. ai 1149. (Pertz Legg. II. p. 565.) — II. F. 2. pr. Investitura proprie dicitur possessio, abusivo autem modo dicitur investitura, quando hasta vel aliud corporeum quidlibet porrigitur a domino feudi, se investituram facere dicente. Vgl. Eichhorn, Einleitung §. 207. — Albrecht, Gewere S. 67. Note 134. — Heusler, die Gewere S. 288 ff. — Brunner, Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde S. 284. Note 4. Vgl. unten §. 158. Note 12.

gehört, wenn auch eine Verwandtschaft der Begriffe nicht zu verkennen ist[4]), sind folgende Bedeutungen des Wortes zu bemerken.

I. Die Gewere ist das factische Innehaben einer Sache, Gewahrsam, Detention, ohne Rücksicht auf die Absicht und den Rechtstitel des Besitzers[5]). Daher die nähere Bezeichnung: hebbende Gewere[6]), während die ledigliche Gewere den freien, ungebundenen Besitz, den der Besitzer unmittelbar ausübt, nicht einem Andern übertragen hat, die gemeine Gewere aber bald die gemeinsame Gewere Mehrerer an derselben Sache, bald den Besitz ohne Rücksicht auf den Titel, namentlich im Gegensatz zur Lehengewere bedeutet[7]).

II. Eine Gewere wird aber nicht allein demjenigen beigelegt, welcher eine Sache in Gewahrsam hat, sondern auch demjenigen, der ein selbständiges Recht an der Sache und auf die Sache hat, bei Grundstücken namentlich demjenigen, der die Nutzung aus ihnen zieht[8]). Dem formellen Recht aus der Detention steht hier ein materielles gegenüber, und so rechtfertigt es sich, daß die Gewere in diesem Sinne, wenn sie einem modernen Rechtsbegriff verglichen werden soll, als dingliches Recht

---

4) Mit der Were in dieser Bedeutung hängt die Bezeichnung: Kinder in der Were, Absonderung aus der Were zusammen; s. Cropp, in den criminalist. Beitr. II. 1. S. 16 ff. — Albrecht a. a. O. S. 12 ff. — Homeyer, Register zum Sachsensp. I S. 433.

5) Sächs. Lehenr. Art. 62. §. 1. „Nieman ne mach sime herren gut mit der gewere untvören des ammechtman he is, of he't eme to lene seget, went ime sin herre al sin gut in sine gewere bevolen hevet." — Sächs. Landr. B. II. Art. 24. §. 1. „Man ne sal niemanne ut sinen geweren wisen von gerichtes halven, al si he dar mit unrechte ankomen, man ne breke si eme mit rechter klage." Vgl. Albrecht a. a. O. 3 ff. — Homeyer a. a. O.

6) Richtsteig Landr. Cap. 26. §. 4. (Homeyer S. 184.) — Richtsteig Lehenr. Art. 15. §. 8. — Art. 29. §. 7. — Bremer Statuten von 1303. Ord. 6. bei Oelrichs S. 70. — Dithmarsisches Landr. von 1567. Art. 100. und die verwandten Schleswigschen Statuten. Vgl. Falck, Handbuch des Schleswig-Holstein. Privatrechts IV. S. 46.

7) Albrecht a. a. O. S. 7. nimmt die ledigliche und die gemeine Gewere für gleichbedeutend mit der habenden; s. aber über die erstere Eichhorn, St. und R. G. II. §. 355. — Cropp a. a. O. II. 1. S. 237. — Homeyer, Sachsensp. II. 2. S. 404. — Laband, die vermögensrechtlichen Klagen S. 165. und über die gemeine Gewere Sächs. Lehenr. Art. 35. §. 2. — 38. §. 2. Vgl. Gaupp, in der Zeitschr. für deutsches Recht I. 1. S. 104. — Homeyer a. a. O. S. 606.

8) Homeyer a. a. O. S. 402 ff. 420 ff. — Stobbe a. a. O. S. 450 ff. — Laband a. a. O. S. 22 — Planck, das deutsche Gerichtsverfahren. 1. Bd. (Braunschweig 1879.) S. 500 ff. nennt die Gewere als Besitzrecht die uneigentliche. Die entgegengesetzte Ansicht, daß Gewere nur Besitz sei, hat Heusler in dem angeführten Werke vertreten.

bezeichnet wird[9]). Dann befaßt sie aber jedes unmittelbar an der Sache zustehende dingliche Recht, — also das Recht des freien Eigenthümers[10]), des Vasallen[11]), des Rentengläubigers[12]), des Pfandgläubigers[13]), so daß mehrere Gewеren an derselben Sache, insofern sie sich nicht geradezu ausschließen, neben einander bestehen können[14]).

III. Die rechte Gewere. Wer einem Anderen eine Sache zu Eigenthum übertragen, oder überhaupt ein dingliches Recht daran bestellt hatte, der mußte ihm dieses gewähren, d. h. im Fall der Anfechtung die Rechtsbeständigkeit der Uebertragung vertreten[15]). Für bewegliche Sachen machte sich dies Princip processualisch in der Berufung des

---

9) Gaupp a. a. O. S. 105 ff. — Lehre von den Erbvertr. I. S. 69. Note 1. — Albrecht a. a. O. S. 24 ff. bezeichnet die hier behandelte s. g. juristische Gewere als ein von dem dinglichen Recht verschiedenes, mit einer dinglichen Klage geschütztes Rechtsverhältniß.

10) Sächs. Landr. B. II. Art. 44. §. 3. „Sve so an sime lene, oder an lipgedinge siner muder oder nichtelen ime egen seget, he mut die egenlike gewere mit ses scepenbaren vrien mannen getugen, oder ime wirt dar burst an."

11) Sächs. Lehenr. Art. 39. §. 3. „Of en man enem anderen gut uplet vor sime herren, tohant so hevet he die gewere an'me gude, die des erren mannes was die't lit." — Schwäb. Lehenr. (Laßberg) Cap. 77. „Ob der herre dem man sin guot verteilt mit unrechte, da der man niut zegegen ist, und den clager wiset uf daz guot, und im die gewer antwiurtet, daz schadet jenem niut, er habe sine gewer fiur sich." — Lehnesgewer heißt übrigens auch die Gewere des Lehenherrn, s. Sächs. Lehenr. Art. 38. §. 2. und überhaupt Albrecht a. a. O. Note 25 und 28. — Homeyer a. a. O. S. 385.

12) Hamburg. Statuten von 1270. (Lappenberg) B. II. Art. 1. — „De den ervetyns in siner were heft" — — Schöffenurth. in (Böhme) diplom. Beitr. VI. S. 119. — Goslar. Statuten (Göschen) S. 25. Z. 31 ff. — „dat ik dit eghen oder dit ghelt (oder wat he an deme gute hevet —) hebbe in mine were ghebracht" — Vgl. Albrecht a. a. O. §. 18.

13) Mageb. Fragen I. 6, 8. (Behrend S. 91.) „Wirt eyme eyn erbe vor gericht gesaczt, der hat eyne rechte gewere daran, unde man sal yn von rechtis weyn doryn wiszen."

14) Eichhorn, Einleitung §. 156. — Albrecht a. a. O. S. 126 ff. Abweichend von der gewöhnlichen Ansicht nimmt Stobbe a. a. O. S. 450 ff. 478 ff. an, daß ursprünglich, d. h. bis zur Einführung der s. g. neueren Satzung, nur derjenige eine Gewere an Grundstücken gehabt habe, dem ein gegenwärtiges Recht auf den Besitz übertragen worden, so daß also nicht mehrere Gewеren an derselben Sache gleichzeitig bestehen konnten. S. dagegen W. Arnold, zur Geschichte des Eigentums in den deutschen Städten (Basel 1861.) besonders S. 258 ff. — Laband a. a. O. S. 165 ff. — Agricola, die Gewere zu rechter Vormundschaft S. 102. 490. — Heusler a. a. O. S. 121 ff.

15) Die Gewähr (warandia, Guarantie) ist von wërn abzuleiten, ahd. wërên, wovon die gothische Form vairan lauten mußte, s. Grimm, R. A. S. 602—3. Zwischen diesen und den oben Note 1. angegebenen Formen finde ich keinen Zusammenhang; a. M. ist Gaupp a. a. O. S. 97.

Beklagten auf seinen Vormann (Gewährsmann) geltend, gegen welchen sich dann der Proceß wendete[16]); bei Grundstücken dagegen ward derselbe direct gegen den Besitzer geführt, dem nur seine Entschädigungsansprüche gegen seinen Autor vorbehalten blieben. Allein hier trat nun eine wichtige Modification jenes Princips ein. Wer eine auf einem genügenden Rechtstitel beruhende Gewere an einem Grundstücke Jahr und Tag unbesprochen gehabt hatte, der gewann dadurch die rechte Gewere und war gegen jede mit seinem Rechte unvereinbare Ansprache, welche aus der Zeit vor dem Erwerbe herstammte, geschützt[17]).

Insofern die Gewere sich als ein Recht darstellt, wird sie, soweit es zum Verständniß des heutigen Rechtssystems nöthig erscheint, in der Lehre von dem Eigenthume und den dinglichen Rechten erörtert werden[18]); hier kommt nur zur Erwägung, welche rechtliche Wirkung mit der Gewere als dem factischen Innehaben einer Sache verbunden war.

---

16) Eichhorn, St. und R. G. I. §. 59a. — Einleitung §. 170.

17) Sächs. Landr. B. III. Art. 83. §. 2. „Swie en gut liet oder let enem anderen, die sal is im geweren jar unde dach." — B. II. Art. 42. §. 2. — 44. §. 1. — „Svelk gut en man in geweren hevet jar unde dach ane rechte wedersprake, die hevet dar an ene rechte gewere. — Vgl. Albrecht a. a. O. §. 13. — Homeyer. Sachsensp. II. 2. S. 410 ff. — Planck, in der Zeitschr. für deutsches Recht X. S. 278 ff. — Laband a. a. O. S. 292 ff. — Gui. Sickel, D. de possessione legitima. Berol. 1871. — Daß die gerichtliche Auflassung nicht allgemein die Bedingung der rechten Gewere war, hat Laband a. a. O. S. 303 ff. nachgewiesen; da er aber auch unter der unangefochtenen Ausübung des Besitzrechts seit Jahr und Tag ein materielles dingliches Recht an dem Grundstücke als Erforderniß derselben bezeichnet (S. 352.), ein solches aber ohne einen Erwerbstitel sich nicht denken läßt, so ist die im Texte gegebene Begriffsbestimmung aufrecht zu halten. Ueber die verhältnißmäßig späte Ausbildung des Instituts der rechten Gewere vgl. unten §. 89. Note 9. — Ueber die der rechten Gewere entsprechende Lovhaevd der skandinavischen Rechte s. Paulsen, Lehrbuch des Schleswig-Holst. Privatr. §. 63.

18) Wenn Albrecht in seiner berühmten Monographie die Gewere als die Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts bezeichnet, so ist das ein ungenauer Ausdruck, welcher leicht zu Mißverständnissen führt. Unter Gewere werden freilich die verschiedenen factischen und rechtlichen Beziehungen zu einer Sache verstanden, aber für die letzteren wird diese Bezeichnung doch nicht ausschließlich gebraucht, da auch für das Eigenthum und überhaupt für das Recht an der Sache diese selbst genannt wird: Eigen für Eigenthum, Lehen für vasallitisches Recht u. s. w., s. Homeyer a. a. O. S. 424. Vor Allem kommt aber in Betracht, daß die leitenden Principien in dem Institut der Gewere nicht enthalten sind, sondern demselben anderswoher zukommen. Die gerichtliche Auflassung ist das Rechtsinstitut, welches das deutsche Sachenrecht im späteren Mittelalter in Betreff des Grundbesitzes beherrscht, — das Knochengerüste, um welches sich das System angesetzt hat. Die consequente Ausbildung, welche die gerichtliche Auflassung im deutschen

Sieht man nun von der thatsächlichen Herrschaft über die Sache ab, welche das Wesen des Besitzes überhaupt ausmacht, so war es namentlich der Schutz gegen Gewalt, der jeder Gewere zu Theil ward. Es ist dies das allgemeine Verbot der Selbsthülfe[19]), welches in den Rechtsquellen mit besonderm Nachdruck für Besitzstreitigkeiten hervorgehoben wird[20]), und in seiner weiteren Ausbildung, ohne Rücksicht auf die Strafen des Friedbruchs und der Vergewaltigung so wie auf Schadensersatz, zu den possessorischen Rechtsmitteln führen mußte. Auch finden sich in späteren Gesetzen Spuren derselben vor[21]); im Allgemeinen aber war nach dem germanischen, wie auch nach dem älteren römischen Rechte zum Schutze des Besitzes keine reine Besitzklage gegeben, und man kannte keine Zerlegung des Eigenthumsprocesses in ein possessorium und petitorium[22]).

Dagegen führte die Gewere andere sehr wichtige processualische Vortheile mit sich, welche auf der Eigenthümlichkeit des deutschen Beweisverfahrens beruhten. Nach der Natur der Beweismittel wurde nämlich die Beweisführung als ein Recht und nicht als eine Last an-

---

Rechte erfahren hat, gewährt die Möglichkeit, feste Rechtsprincipien nachzuweisen, welche ganz selbständig dastehen, und namentlich von dem nicht immer scharf umgrenzten Begriff der Gewere unabhängig sind. Vgl. unten §. 88. 89. 101. Die richtige Einsicht in diese ganze Lehre verdankt aber die Wissenschaft vor Allem dem Werke Albrecht's.

19) Constitutio Friderici I. de pace tenenda ai 1156. cap. 6. 7. (Pertz L. L. II. p. 102.) — Constitutio pacis Friderici II. ai 1235. cap. 5. (l. c. p. 314.) — Schwäb. Landr. (Laßberg) Cap. 309. „Swez sich der man underwindet mit unrehte, und im daz vor gerihte an gewunnen wirt, daz sol er dem clager und dem rihter buezzen."

20) Treuga Heinrici R. ai. 1230. cap. 11. (l. c. p. 267.) Nullus a possessione rerum quas possidet ejicietur, nisi possessio ab eo in judicio evincatur. — Sächs. Landr. B. II. Art. 24. §. 1. s. oben Note 5. Schwäb. Landr. (Laßberg) Cap. 191. — Albrecht a. a. O. S. 14. — Bruns, das Recht des Besitzes S. 324—25.

21) Constitutio pacis gen. Rudolfi R. ai. 1281. cap. 4. (Pertz l. c. p. 427.) „Swer den andern entwert. Wir setzen, swa ein man den andern ansprichet: er hab in seines guts entwert mit Gewalt an reht; mag der chlager daz bringen mit zwein der nahsten und der besten in der pfarre, daz er in entwert hat mit gewalt an reht; den sol man in sin gewer als lang setzen als lange als ez im auzen gewesen ist; und sol der schuldige fumf phunt geben dem rihter zu wandel, und sol im den schaden abtun." — Baier. Landr. Art. 205. (Heumann. opusc. p. 106.) „Umb entwern aigens und lehens." Vgl. Bruns a. a. O. S. 326—28.

22) S. die Ausführung bei Bruns a. a. O. §. 36. 37., durch welche die entgegenstehende Ansicht von Albrecht a. a. O. S. 15 ff. widerlegt ist. Vgl. auch Homeyer, Sachsenspiegel II. 2. S. 406 ff. — Sandhaas, germanist. Abhandlungen S. 95 ff. — Laband a. a. O. S. 173 ff.

gesehen, der Besitzer aber als der Angegriffene kam in der Regel zuerst zum Beweise. Das Nähere hing dann wieder von der besonderen Stellung der Parteien, der Relevanz der Thatsachen und der Beschaffenheit des Besitzes ab[23]).

§. 79.

Das heutige Recht.

Vergleicht man das System der Gewere, wie es in dem vorhergehenden §. entwickelt ist, mit der Besitzlehre des heutigen Rechts, so ergiebt sich, daß sowohl in Betreff des Begriffs als auch des processualischen Schutzes eine wesentliche Verschiedenheit zwischen beiden besteht. In der That ist auch für diese Lehre das römische Recht im Allgemeinen recipirt worden, und wenn gegenwärtig einzelne nicht unwichtige Abweichungen von demselben gelten, so ist deren Quelle nicht in dem älteren deutschen, sondern im canonischen Rechte und in der späteren Praxis zu suchen[1]). Eine wissenschaftliche Behandlung dieses Rechtstheils muß daher an das römische Recht anknüpfen und bleibt, der gestellten Aufgabe gemäß, von diesem Werke ausgeschlossen.

Nur in einer Beziehung läßt sich eine wenigstens mittelbare Einwirkung des deutschen Rechts nicht verkennen, nämlich bei dem Besitz der Rechte. Der Begriff desselben, nach welchem die Ausübung des Rechts der Detention der Sache gleichgestellt ist, gehört freilich dem römischen Rechte an, und ist durch die Romanisten und das canonische Recht auf Verhältnisse ausgedehnt worden, welche den Römern fremd waren. Auch kam nach der ursprünglichen deutschen Rechtsanschauung die Gewere an einem Rechte nur in Verbindung mit der Gewere an der Sache, auf welche sich das Recht bezog, vor, so daß kein selbständiger Besitz des Rechts in der Form der Ausübung desselben stattfand, sondern die Herrschaft über die Sache die eigentliche Grundlage des Rechtsverhältnisses war. Aber die selbständige Entwickelung deutscher

---

23) Planck, das Recht zur Beweisführung, Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 233. 245 ff. Den Vorzug des älteren Besitzes in Verbindung mit einer auf dessen Schutz gerichteten dinglichen Klage vertritt B. Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts. Leipzig 1857. Vgl. Zeitschrift für deutsches Recht XVI. Nr. 7. S. dagegen Bruns, in dem Jahrbuch des gemeinen Rechts IV. Nr. 1. und überhaupt Laband in der angeführten Schrift.

1) Ich verweise hier auf das ausgezeichnete Werk von Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen 1848. Ueber die Spolienklage ist namentlich zu vergleichen S. 219 32. 256—60. 374—75. 390—97. 417—19. und über das Summariissimum S. 232—36. 260—74. 375—83 397—406. 419—20.

Rechtsinstitute führte doch dahin, eine Gewere an dem Rechte auch ohne die unmittelbare Herrschaft über die Sache gelten zu lassen[2]); der römische Begriff fand daher einen für seine Aufnahme vorbereiteten Boden und einen bestimmten Kreis von Rechtsverhältnissen, für welchen seine Geltung unbedenklich erscheinen mußte[3]).

1. Die Ansicht der älteren Theorie, daß der Besitz überhaupt die Ausübung der Rechte sei und daß die rechtlichen Wirkungen desselben im weitesten Umfange zur Geltung kommen müssen, findet sich auch noch bei einigen neueren Schriftstellern[4]) und ist in die Gesetzbücher übergegangen[5]). Für das gemeine Recht kann diese Auffassung jedoch als beseitigt angesehen werden; der Schutz des Besitzes kommt vielmehr nur bestimmten Arten von Rechten zu, aber diese genauer festzustellen ist nicht ohne Schwierigkeit. Manche zählen nur diejenigen Rechte hieher, welche unmittelbar an einer Sache zustehen oder doch unzertrennlich mit Grund und Boden verbunden sind, indem sie unter diesem Begriff auch solche Rechte, welche in einem bestimmten Bezirke ausgeübt werden, wie die Bannrechte, die Gerichtsbarkeit, die Diöcesan- und Parochialrechte, das Kirchenpatronat, begreifen[6]). Andere dagegen gehen weiter und

---

[2]) Albrecht, die Gewere S. 177 ff. — Bruns a. a. O. §. 38. Am Bestimmtesten tritt dieser Wechsel bei der Gewere des Rentengläubigers und der späteren Satzung hervor; s. unten §. 101. Den umgekehrten Entwickelungsgang nimmt Stobbe a. a. O. (s. §. 78. Note 14.) an.

[3]) Eine weiter greifende Einwirkung ist dem deutschen Rechte nicht beizulegen; viel zu weit geht in dieser Beziehung Duncker, Zeitschr. für deutsches Recht II. 2. S. 26—114., indem er in noch umfassenderer Weise als Albrecht Besitzklagen für die Gewere annimmt, und den Einfluß des canonischen Rechts auf kirchliche Urkunden verkennt; s. Bruns a. a. O. S. 329. Das Verdienst der Abhandlung besteht in der genauen Analyse einzelner Rechtsverhältnisse mit Rücksicht auf den Besitz der Rechte.

[4]) Thibaut, System I. §. 203. 204. 230. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 209.

[5]) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 7. §. 4—5. 80—87. — Oesterr. Gesetzb. §. 312—15. Vgl. Bornemann, systemat. Darstellung. I. S. 232 ff.

[6]) v. Savigny, Recht des Besitzes §. 49. — Duncker, über den Quasibesitz u. s. w. S. 49 ff. — Reyscher, gem. und württemb. Privatrecht I. §. 106. — Duncker a. a. O. S. 50. sucht die Fälle des Quasibesitzes genauer zu bestimmen, indem er ihn durch die Ausübung aller Rechte begründen läßt, „an welchen nach den Grundsätzen des ältern Rechts eine rechte Gewere statt fand, oder welche, wie man sich jetzt ausdrückt, auf Grund und Boden radicirt sind." Aber diese Subsumtion unter den Begriff der Gewere paßt doch nicht auf alle von dem canonischen Recht und den Reichsgesetzen vorgesehene Fälle, in denen Duncker selbst einen Quasibesitz gelten läßt, z. B. auf Wahlrechte; und daß Hoheitsrechte, Bannrechte u. s. w. auf Grund und Boden radicirt sind, kann man nicht füglich sagen. Auch die weitere Bezeichnung: die Quasipossessio sei bei allen Rechten zulässig, die

nehmen bei allen Rechten, welche eine dauernde Ausübung haben, namentlich auch bei Familienrechten einen Besitz an[7]). Die Vorschriften des canonischen Rechts über das persönliche Rechtsverhältniß der Ehegatten sprechen für diese Ansicht[8]), welche in der früheren Praxis für unzweifelhaft galt, während in neuerer Zeit auch in dieser Beziehung Schwankungen eingetreten sind[9]).

II. Ueber den Erwerb und Verlust der Quasipossessio kommen die allgemeinen Regeln zur Anwendung, welche jedoch nach der besonderen Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse ihre genauere Normirung erhalten. Während z. B. der Verlust des Besitzes von Bannrechten, welche sich über einen ganzen Bezirk erstrecken, durch den Widerspruch einzelner Verpflichteter noch nicht herbeigeführt wird, kann der Besitz der der Reallast entsprechenden Berechtigung durch die Handlung des bestimmt Belasteten aufgehoben werden. Die bloße Nichtleistung von Seiten des Letzteren hat diese Wirkung freilich noch nicht; es muß vielmehr die verweigerte Anerkennung des Rechts hinzukommen[10]). Darüber aber wird gestritten, ob noch weiter erforderlich ist, daß sich der Berechtigte bei der Weigerung beruhigt habe, so daß, wenn er dies nicht gethan, nur eine Störung des Besitzes anzunehmen ist. Diese Ansicht ist die gewöhnliche[11]) und wird durch die neueren Gesetzbücher[12]) unterstützt, wenn auch gegen die juristische Consequenz derselben Einwendungen erhoben werden können[13]).

---

lehenbar gewesen, führt zu keinem sicheren Abschluß, da im späteren Mittelalter das Lehenrecht auch auf solche Verhältnisse, für welche es ursprünglich nicht bestimmt war, ausgedehnt worden ist.

7) Geiger, Zeitschr. für Civilrecht und Proceß XIII. S. 277 ff. — Falck, Handbuch des Schleswig-Holst. Privatrechts IV. S. 48 ff. — Roth, Bayr. Civilrecht II. §. 130.

8) Bruns a. a. O. S. 191 ff. A. M. ist Savigny a. a. O. S. 616—18.

9) Ueber die ältere Praxis s. Bruns a. a. O. S. 383—84. 406—9; über die neuere ebendas. S. 422. und Seuffert I. Nr. 61. 223. 317. IV. Nr. 120. Bei dauernden Obligationsverhältnissen zwischen juristischen Personen wird der Besitz angenommen in dem Erk. des O. A. Gerichts zu Dresden a. a. O. XVI. Nr. 5.

10) A. M. ist Heerwart, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß XII. S. 313; s. aber Duncker, a. a. O. S. 80.

11) Wernher, obs. for. III. 1. obs. 175. — Hommel, rhaps. II. obs. 422. — Roßhirt, Archiv für civ. Praxis VIII. S. 72. — Auch der R. A von 1548. §. 59. 64. (N. S. II. S. 537. 539.) läßt sich für diese Ansicht anführen.

12) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 7. §. 126. „Der Besitz des Rechts, von einem Andern etwas zu fordern (eines affirmativen Rechts), geht verloren, wenn der bisher Verpflichtete die fernere Erfüllung der von ihm geforderten Pflicht verweigert, und der Andere sich dabei beruhigt." — Oesterr. Gesetzb. §. 351.

13) Duncker a. a. O. S. 81 ff.

III. Die Klagen, welche zum Schutze des Besitzes der Rechte gegeben werden, sind die gewöhnlichen, und namentlich findet die Spolienklage, soweit sie überhaupt noch anerkannt wird, hier ihre Anwendung[14]).

Drittes Kapitel.

Das Eigenthum.

§. 80.

I. Begriff.

Im Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens bedeutet Eigenthum so viel als Vermögen[1]), während es im technisch-juristischen Sinne das Recht der Herrschaft über eine Sache ausdrückt[2]). In dieser Bedeutung kommt das Wort auch schon im älteren deutschen Rechte vor[3]), jedoch wird, ähnlich wie die Gewere jedes dingliche Recht an einer Sache bezeichnet, auch das Eigenthum in diesem weiteren Sinne der Herrschaft gebraucht, so daß von einem Eigenthum an Zehnten, Grundrenten, ja an der Voglei, dem Patronat, der Gerichtsbarkeit gesprochen wird[4]). Noch die neuere Gesetzgebung hat sich dieser Auffassung des Begriffs zum Theil angeschlossen[5]).

---

[14]) Duncker a. a. O. S. 89 ff. — Bruns a. a. O. S. 422—23. — Seuffert II. Nr. 50. 294. III. Nr. 56. 267. IV. Nr. 120. 121.

[1]) Oesterr. Gesetzb. §. 353. „Alles, was jemandem zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen heißen sein Eigenthum." Vgl. Pütter, die Lehre vom Eigenthume S. 36 ff.

[2]) a. a. O. §. 354. „Als ein Recht betrachtet, ist Eigenthum das Befugniß, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkühr zu schalten, und jeden andern davon auszuschließen."

[3]) Urk. von 1315 (Westphalen M. J. III. p. 578.) — dedimus proprietatem dictam Egendom super quibusdam bonis. — Kl. Kaiserr II. 90. „Welchem man got hat gegeben eygen gut, der sal wissen, daz er mit sim eygen mag tun, waz er wil." — Kraut, Grundriß §. 68 Nr. 46—49. — Duncker in der Zeitschr. für deutsches Recht II. 1. S. 187. In baierischen und schwäbischen Rechtsquellen findet sich „Eigenschaft" in derselben Bedeutung; s. W. Arnold, zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten S. 14—18.

[4]) Urk. von 1322 (Westphalen l. c. II. p. 84.) — plenam proprietatem, quae vulgariter dicitur Eghendom, super 20 marcarum reditus. — Kraut a. a. O. §. 68. Nr. 50. — §. 73. Nr. 1—9. — Duncker a. a. O. S. 194. 195.

[5]) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 8. §. 1. „Eigenthümer heißt derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache, oder eines Rechtes, mit Ausschließung Anderer, aus eigener Macht, durch sich selbst, oder einen dritten zu verfügen. §. 2. Alles, was einen ausschließenden Nutzen gewähren kann, ist ein Gegenstand des Eigenthums."

Auch das römische Recht gebraucht in einem vulgären Sinne dominium ganz im Allgemeinen als Bezeichnung irgend eines Herrschaftsverhältnisses zu einer Sache[6]); es hat aber den technischen Begriff viel bestimmter ausgebildet, als es im Mittelalter geschehen ist, indem es unter dominium das unbeschränkte und untheilbare Recht (jus infinitum et individuum) über eine Sache versteht, dessen einzelne Bestandtheile als jura in re aliena wohl von demselben abgelöst werden können, welches aber nach dem Princip der Consolidation immer als der dauernde Mittelpunkt des Herrschaftsverhältnisses sich darstellt[7]). Dieser absolute Begriff des Eigenthums ist gleichmäßig für bewegliche und unbewegliche Sachen durchgeführt worden, während das ältere deutsche Recht für die ersteren nur eine beschränkte Vindication gelten ließ.

Die Frage, inwieweit diese römische Auffassung in Beziehung auf das Merkmal der Untheilbarkeit durchgedrungen ist, und welche Bedeutung die Regel: Hand wahre Hand für das heutige Recht hat, wird noch zum Gegenstande besonderer Erörterungen gemacht werden. Im Allgemeinen aber ist anzunehmen, daß die Lehre des römischen Rechts vom Eigenthume in unser Rechtssystem übergegangen ist. Das gilt auch von dem Umfange des Begriffs seinem Gegenstande nach, indem ein Eigenthum an Rechten in dem heutigen gemeinen Rechte nicht zur Durchbildung gelangt ist. Namentlich ist der Versuch, den Begriff auf die Souveränetät deutscher Fürsten zur Anwendung zu bringen[8]), ohne Nachfolge geblieben, und auch das s. g. geistige Eigenthum läßt sich auf diesem Wege nicht rechtfertigen, wenn es auch ähnlich wie das s. g. Bergwerkseigenthum in die heutige Rechtssprache übergegangen ist; vgl. unten §. 210. und 205.

§. 81.

II. Das Ober- und Untereigenthum.

In den agrarischen Verhältnissen des Mittelalters war es sehr gewöhnlich, daß neben dem echten Eigenthume des Freien an Grundstücken auch dem Unfreien ein selbständiges dingliches Recht an demselben zustand, für welches die Regeln des Hofrechts zur Anwendung kamen, während jenes im Landgericht nach Volksrecht geschützt ward. Es war hier also

---

6) S. Hasse, rhein. Museum für Jurisprudenz, Philologie u. s. w. I. 1. S. 87. 88.

7) Hasse, Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinsch. §. 10—19. — Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. S. 73.

8) In dem Werke von Maurenbrecher, die deutschen regierenden Fürsten und die Souverainität. Frankfurt a. M. 1839.

eine mehrfache Gewere an derselben Sache begründet, verschieden nicht allein nach dem Umfange des Rechts, sondern auch nach der Art seiner Vertretung. Aehnlich verhielt es sich im Lehenrecht, indem dem Herrn ein allodiales Eigenthum an der Sache zustand, während das abgeleitete Recht des Vasallen auf der Belehnung sich gründete, und in allen Fällen, wo über diese und deren rechtliche Folgen gestritten ward, nicht das Landgericht, sondern der Lehenhof das Urtheil sprach. Die Gewere des unfreien Bauern und die des Vasallen, wenn auch im Uebrigen wesentlich verschieden, waren doch darin gleich, daß beiden die wichtigsten Nutzungsrechte an den Grundstücken mit einer selbständigen Vertretung und zwar erblich zustanden. Man bezeichnet sie daher auch wohl mit dem gemeinsamen Ausdrucke: unvollkommene Gewere[1]).

Es war nun, als das römische Recht in Deutschland recipirt ward, von Wichtigkeit, wie die Juristen diese Rechtsverhältnisse beurtheilen würden. In Justinians Sammlung fanden sie dafür keinen unmittelbaren Anhalt, zumal auch der frühere Gegensatz des quiritarischen und bonitarischen Eigenthums in derselben aufgehoben war; es blieb also, wenn man römischrechtliche Begriffe hier anwenden wollte, nichts übrig als eine Beschränkung des Eigenthums durch jura in re aliena anzunehmen. Doch ward ein Mißverständniß der Glossatoren und ihrer Nachfolger einflußreich für das moderne Rechtswesen. Sie nahmen nämlich, wenn im römischen Recht eine actio in rem utilis zum Schutze eines selbständigen dinglichen Rechts gegeben ward, z. B. bei der Emphyteuse, ein dominium utile an, im Gegensatz zu dem mit der regelmäßigen rei vindicatio versehenen dominium, welches sie dominium directum nannten[2]). Diese Unterscheidung, früh schon auf die Gewere des Lehenherrn und des Vasallen, der im Vindicationsprocesse die Sache fast selbständig vertrat[3]), übertragen, fand unter den deutschen Juristen eine bereitwillige Aufnahme, und ward von ihnen auch auf die Rechte des Gutsherrn und Bauern bei den zu Erbleihe ausstehenden Gütern zur Anwendung gebracht[4]). Man faßte dabei namentlich die mit dem dominium utile verbundenen Nutzungsrechte ins Auge, und nannte dasselbe, den ursprünglichen Grund der Ter-

---

1) S. Eichhorn, Einleitung §. 159.

2) Glossa ad. L. 1. D. si ager vectigalis. — ad L. 2. D. de superficiebus. — ad L. 1. C. de thesauris. v. Nam in suis. — ad. II. F. 8. — Bartolus ad L. 16. D. de acq. vel amitt. poss. Nr. 5. 6. Vgl. Thibaut, Versuche II. Nr. 3. — v. Vangerow, Leitfaden I. §. 302.

3) II. F. 8. pr. — 26. §. 21. — 43.

4) Chursächs. Constitutionen v. 1572. P. II. c. 39. Vgl. B. Carpzov, jurispr. rom. saxonica ad h. l. def. 1—10. — In andern Particularrechten, z. B. in Württemberg, hat man sich dieser Terminologie erst spät gefügt; s. Reyscher, gemeines und württemb. Privatrecht II. §. 283.

minologie übersehend, das nutzbare Eigenthum, auch Untereigenthum, während das dominium directum als Obereigenthum bezeichnet ward[5]).

Daß nun diese Lehre dem Grundbegriff des römischen Rechts über das Eigenthum nicht entspricht und für römische Rechtsinstitute fern zu halten ist, kann nicht in Abrede gestellt werden[6]), aber für das Lehen und die Erbleihe erscheint sie begründet. Theils hat das System der Gewere, welches eine Beschränkung des absoluten Eigenthumsbegriffes als möglich zuläßt, in dieser Beziehung einen gewissen Einfluß auf das moderne Rechtswesen ausgeübt; theils sind die in dem Untereigenthum enthaltenen Rechte von einer solchen Selbständigkeit und Bedeutung, daß sie als jura in re aliena aufgefaßt, nur unvollkommen bezeichnet erscheinen und einer falschen Beurtheilung ausgesetzt sind[7]). Auch ist ein solches getheiltes Eigenthum von den Reichsgesetzen[8]) sowohl als auch in der neueren Gesetzgebung[9]) anerkannt und in der gemeinrechtlichen Praxis zu einem selbständigen Rechtsinstitut ausgebildet worden[10]).

I. Ein Ober- und Untereigenthum kommt gemeinrechtlich nur bei den Lehen und bei den zur Erbleihe ausstehenden Bauergütern vor: ein, weitere Ausdehnung auf andere Rechtsverhältnisse ist nur particularrechtlich begründet[11]).

II. Der Obereigenthümer hat die Proprietät der Sache, soweit sie ohne das davon abgelöste selbständige Recht der Nutzung wirksam ist.

---

[5]) Zasius ad L. 17. §. 1. D. de acq. vel amitt. poss. Nr. 18. — Zasius spricht sich nicht, wie Reyscher a. a. O. Note 2. bemerkt, gegen die Eintheilung aus, sondern will nur das dominium utile als minderes Eigenthum, und nicht, wie es gewöhnlich geschah, als nutzbares bezeichnet haben.

[6]) Dies ist in der oben Note 2. angeführten Abhandlung von Thibaut vollständig bewiesen.

[7]) Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. S. 78. 79. — Stahl, Rechts- und Staatslehre I. S. 296. — W. Arnold, zur Geschichte des Eigenthums S. 59.

[8]) J. P. O. art. II. §. 12. — art. XV. §. 3. — Vgl. K. G. O. v. 1521. Tit. 32. §. 2.

[9]) Baier. Landr. Th. II. Cap. 2. §. 2. — Th. IV. Cap. 7. 18. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 8. §. 16 ff. — Tit. 18. §. 1—12. — Oesterr. Gesetzb. §. 357—59. vgl. §. 1122—51.

[10]) Dies ist freilich bestritten von Duncker in der Zeitschrift für deutsches Recht II. 1. S. 177—212., dem Gerber, System §. 77. — Hillebrand, Lehrbuch §. 44. und Gengler, Lehrbuch I. S. 204. gefolgt sind. S. aber Runde, Grundsätze §. 264. — Eichhorn, Einleitung §. 160. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 156. — Phillips, Grundsätze II. §. 87. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 244 ff. — Bluntschli, deutsches Privatrecht §. 60. — Walter, System §. 132.

[11]) Dahin gehört namentlich die Uebertragung der Lehre auf das Familienfideicommiß; s. Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 4. §. 72—74. — Oesterr. Gesetzb. §. 629—31. — Ueber das Bergwerkseigenthum s. unten §. 205.

Auch gebührt ihm regelmäßig das Recht der Zustimmung zu Veräußerungen, sowie ein Anspruch auf gewisse Leistungen; doch hat sich die Erbleihe in sehr verschiedener Weise gestaltet, während das Lehenrecht auch in dieser Beziehung eine sehr bestimmte gemeinrechtliche Ausbildung gefunden hat.

III. Dem Untereigenthümer steht das Recht der Nutzung im weitesten Sinne zu, insofern es ohne Nachtheil für die Substanz der Sache geübt werden kann[12]); dagegen hat er die auf der Sache liegenden ordentlichen und außerordentlichen Lasten zu tragen[13]). An Accessionen, welche zu der Hauptsache hinzukommen, z. B. der neu entstandenen Flußinsel, wird das an der Hauptsache zustehende Recht erworben; der Schatz dagegen ist zu dem außerordentlichen Ertrage zu rechnen und dem Untereigenthümer zuzusprechen[14]).

IV. Die mit dem Grundstücke verbundenen politischen Rechte sowie die selbständige Vertretung desselben stehen in der Regel dem Untereigenthümer zu; es fehlt ihm aber, dem Obereigenthümer und einem andern Untereigenthümer gegenüber, das Consolidationsrecht[15]), während es von ihm geübt wird, wenn andere dingliche Rechte an der Sache erlöschen.

§. 82.

III. Das Gesammteigenthum.

Die Verschiedenheit der Rechtsgrundsätze, welche nach dem römischen und deutschen Rechte für das Vereinswesen gelten[1]), hat auch auf die Lehre vom Eigenthume eingewirkt. Indem nämlich das römische Recht

---

[12]) Die Regel muß so gefaßt werden, wenn auch Ausnahmen vorkommen. — Vgl. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 8. „Zu Veränderungen der ganzen Sache, wodurch sie aufhört, dieselbe zu sein, ist der nutzbare Eigenthümer nicht berechtigt. §. 9. Wohl aber ist er befugt, einzelne Theile oder unter einem Inbegriffe von Sachen enthaltene Stücke zu ändern, soweit es ohne Verminderung des Ganzen und ohne die Hauptbestimmung desselben zu verändern, geschehen kann. §. 10. Selbst zur Verringerung eines Theils der Sache ist der nutzbare Eigenthümer berechtigt, wenn ohne dergleichen Verringerung dieser Theil der Sache gar nicht genossen werden könnte."

[13]) a. a. O. §. 11.

[14]) Dies bestimmen das Baier. Landr. Th. II. Cap. 3. §. 4. und das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 94. vgl. mit Tit. 18. §. 7. — Nach dem Oesterr. Gesetzb. §. 399. kommt es zwischen dem Ober= und Untereigenthümer zur Theilung.

[15]) Dieser Umstand und der Zweifel über die Erwerbung des Schatzes werden von Duncker in der, Note 10. angeführten Abhandlung S. 208 ff. als besonders gewichtige Gründe gegen die Zulässigkeit des getheilten Eigenthums hervorgehoben. — Bluntschli a. a. O. §. 60 a. E. spricht auch dem Untereigenthümer das Consolidationsrecht zu, was sich als gemeinrechtliche Regel aber nicht vertreten läßt.

[1]) S. oben §. 67—70.

weder für die universitas noch für die communio einer Modification seines strengen Eigenthumsbegriffes bedurfte, führt es denselben auch für diese Rechtsinstitute consequent durch, und kennt nur ein patrimonium universitatis, welches der Gesammtheit als juristischen Person ausschließlich zusteht, und ein condominium, bei welchem jeder einzelne Theilnehmer das volle Eigenthum nach bestimmten ideellen oder arithmetischen Theilen hat. — Für das deutsche Recht reichen aber diese Kategorien nicht aus, um die bei dem gemeinsamen Eigenthum möglichen Vermögensverhältnisse zu bestimmen; das Associationswesen hat sich hier stärker erwiesen, als der bei den Römern in allen seinen Merkmalen festgehaltene Begriff des Eigenthums, und dieses dem höheren Princip dienstbar gemacht. Darauf beruht das deutsche Gesammteigenthum[2]).

I. In einer Corporation kann das Eigenthum am Corporationsvermögen so vertheilt sein, daß neben dem Rechte der Gesammtheit selbständige Sonderrechte der einzelnen Mitglieder begründet sind, die aber, ihrem Umfange und ihrer Beschaffenheit nach, durch die verfassungsmäßige Organisation der einzelnen Corporationen näher bestimmt werden. Ein solches Verhältniß findet sich namentlich in der Markgenossenschaft und den späteren agrarischen Genossenschaften in oder neben der politischen Gemeinde (s. hierüber den folgenden §.). Anders stellt sich die Sache schon bei dem Familienvermögen des hohen Adels[3]), und bei den Actienvereinen und Gewerkschaften sowie den verwandten Genossenschaften ist es ein ideeller Antheil an dem Gesammtvermögen, der als privative

---

[2]) Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. S. 73 ff. — Volksrecht und Juristenrecht S. 185—94. — Treffliche Ausführungen über das Recht der Genossenschaft hat auch in Beziehung auf die Vermögensverhältnisse Schüler gegeben: Juristische Abhandlungen und Rechtsfälle von Ortloff, Heimbach, Schüler u. Guyet. I. Nr. V. VI. XV. Desgleichen in scharfsinniger Entwickelung schweizerischer Einrichtungen A. Heusler, die Rechtsverhältnisse am Gemeinland in Unterwalden (Zeitschrift für schweizerisches Recht Band X.). Außerdem sind zu vergleichen: Eichhorn, Einleitung §. 168—69. — Bluntschli, deutsches Privatrecht §. 58. 59. — Phillips, Grundsätze II. §. 86. — Wolff, Lehrbuch I. §. 108—9. — Stahl, Rechts- und Staatslehre I. S. 295—96. — Blume, System §. 191—92. — Schloifer, Archiv für prakt. Recht in Oldenburg III. S. 154—64. — E. Pagenstecher, die römische Lehre vom Eigenthum I. S. 23—25. — F. Lassalle, die Theorie der erworbenen Rechte I. S. 409. — Gierke, Genossenschaftsrecht II. §. 12. 13. und über die Anerkennung des Gesammteigenthums in der italienischen Jurisprudenz III. S. 445—48. In Deutschland knüpft sich die Erörterung des Begriffs an die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft an, s. unten §. 128. Note 4.

[3]) Beseler, Lehre von den Erbvertr. II. 2. §. 16. — Ueber die verwandten Institute der Erbverbrüderung s. ebendas. I. §. 13. vgl. II. 2. S. 90 ff. und der Ganerbschaft I. S. 81—84. Vgl. unten §. 178.

Eigenthumsquote den einzelnen Genossen, soweit nicht statutarische Beschränkungen vorliegen, zur freien Verfügung zusteht[4]).

II. Eine andere Form des Gesammteigenthums liegt dann vor, wenn es in der Vereinigung nicht zur Ausbildung einer selbständigen juristischen Persönlichkeit gekommen ist, vielmehr nur Einzelrechte neben einander bestehen, diese aber nicht dem Princip der römischen communio unterworfen, sondern durch die Innigkeit und Dauer des Verhältnisses zu einer materiellen Rechtsgemeinschaft, der Gesammthand verbunden sind, in welcher die Eigenthumsrechte der einzelnen Mitglieder sich geltend machen, ohne daß sie nothwendig oder nur regelmäßig in bestimmte arithmetische Theile zerlegt sind. Eine solche Rechtsgemeinschaft wird nur möglich durch eine der Corporationsverfassung nachgebildete Organisation, welche den an sich getrennten Einzelwillen der Genossen zur einheitlichen Herrschaft über das Vermögen befähigt. — Vereine dieser Art finden sich in dem Rechte der älteren und neueren Zeit. Die gesammte Hand im Lehen läßt sich hieher stellen[5]), desgleichen die alte Vergabung von Todes wegen[6]) und die Gütervereinigung unter Lebenden[7]), — Institute, in denen sich schon früh ein Vorbild der ehelichen Gütergemeinschaft zu erkennen giebt. Denn wenn diese nicht blos eine äußere, durch die Herrschaft des Mannes bestimmte Gütervereinigung darstellt, wie in den Rechtsbüchern des Mittelalters, so fällt sie unter die hier bezeichnete Rechtsgemeinschaft[8]).

---

[4]) Volksrecht und Juristenrecht S. 186. — J. Weiske, praktische Untersuchungen III. Für die Sonderrechte der Mitglieder am Corporationsvermögen wird hier der Ausdruck Ertragsrechte gebraucht; s. a. a. O. S. 206 ff. — Windscheid (Pandektenrecht I. §. 58. Note 5.) wendet gegen den Begriff des Gesammteigenthums ein, daß wenn auch das Corporationsvermögen durch die Nutzungsrechte der Mitglieder ganz absorbirt wird, das Eigenthum doch bei der juristischen Person bleibt, weil es etwas Anderes ist als die Summe dieser Befugnisse; denn das Einkommen gehöre nur ökonomisch, nicht juristisch den Mitgliedern. Aber die Frage ist eben die, ob jene Sonderrechte in der deutschen Corporation nicht der Art sind, daß sie den (römischen) Eigenthumsbegriff modificiren. Ihre Eigenthümlichkeit zeigt sich nicht nur in ihrer Abhängigkeit von der Corporation, sondern auch in ihrer Selbständigkeit und in ihrer Fortdauer über das Bestehen der Corporation hinaus.

[5]) S. unten §. 160. — Die Beweisstellen zu dieser Note so wie zu Note 3. und den folgenden s. bei Kraut, Grundriß §. 75.

[6]) Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. §. 6.

[7]) Bluntschli, Staats- und Rechtsgesch. von Zürich I. S. 442 ff. — II. S. 187 ff. — Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte II. S. 136. — Stobbe, in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte IV. S. 228 ff.

[8]) Schüler, in den jurist. Abhandlungen und Rechtsfällen I. Nr. 15. S. 485 ff. Vgl. unten §. 122.

Das Gesammteigenthum bildet in seinen verschiedenen Formen freilich keinen einheitlichen Rechtsbegriff, der sich für die juristische Deduction besonders fruchtbar erwiese; es erhält vielmehr seine nähere Bestimmung durch die einzelnen Rechtsinstitute, in denen es zur Erscheinung kommt. Indessen läßt es sich doch nach seinen allgemeinen Merkmalen charakterisiren [9]) und gewisse leitende Grundsätze können dafür aufgestellt werden.

a) Die volle Herrschaft über eine Sache können nicht mehrere Personen gleichzeitig neben einander ausüben; die Möglichkeit des Gesammteigenthums liegt daher in der besonderen Beschaffenheit des Rechtssubjects.

b) Es muß immer eine solche Vertheilung der Eigenthumsrechte unter der Gesammtheit und den einzelnen Genossen oder unter diesen statt finden, daß im bestimmten Fall ein entscheidender Wille sich geltend machen kann [10]). Wie dies, namentlich durch Unterscheidung der Ver-

---

[9]) Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich. §. 566. „Ist eine Corporation oder Stiftung Eigenthümer eines Grundstücks, ohne daß Theilrechte daran bestehen, so ist einfaches Eigenthum vorhanden, welches von der juristischen Person nach Maaßgabe der Corporationsverfassung oder Stiftungsordnung geübt wird. §. 567. Gehört das Grundeigenthum aber einer Genossenschaft mit Theilrechten, z. B. einer Corporation von Gerechtigkeitsbesitzern oder einer Actiengesellschaft zu, oder sonst einer dauernd organisirten Verbindung zweier oder mehrerer Personen, welche nicht eine juristische Person im engeren Sinne bilden, so ist dasselbe als Gesammteigenthum zu behandeln. §. 568. Die Benutzung des Gesammteigenthums, sei es durch die gesammte Verbindung, sei es durch die einzelnen verbundenen Personen, wird durch die Verfassung der Genossenschaft und durch die Art und Bestimmung der organischen Verbindung regulirt. §. 569. In der Regel entscheidet hier die Mehrheit der Theilrechte über die Benutzung, Veränderung und Veräußerung des Gesammtgutes, und hat sich die Minderheit diesen Beschlüssen zu unterziehen, insoweit nicht wohlerworbene Rechte einzelner Genossen dadurch verletzt werden. §. 570. Die einzelnen Mitglieder der Genossenschaft sind nicht berechtigt, reale Theilung zu fordern, wohl aber, insofern nicht die Statuten oder die persönliche Natur der Verbindung ein Hinderniß begründen, befugt, ihre Theilrechte zu veräußern oder zu verpfänden, §. 571. Beschließt die Mehrheit Theilung des gemeinen Gutes, so steht es auch bei ihr, die Art und Vollziehung der Theilung näher zu ordnen, so jedoch, daß die Theilrechte nach ihrem Verhältniß zum Ganzen dabei berücksichtigt werden. Vorbehalten bleiben die forstwirthschaftlichen Beschränkungen mit Bezug auf Theilung von Genossenschaftswaldungen.“ Vgl. Bündnerisches Civilgesetzbuch §. 87. 213. 214.

[10]) Lippe-Detmoldische Verordnung v. 1786 wegen der Gütergemeinschaft unter Eheleuten. §. 8. „So viel nun die Wirkungen der Gütergemeinschaft in stehender Ehe betrifft; so erhalten beide Eheleute dadurch ein gemeinschaftliches ungetheiltes Eigenthum über die ganze Vermögens-Substanz. Keiner von beiden kann daher, ohne Einwilligung des andern, davon willkührlich veräußern oder verschenken. — — §. 9. Das beiden Eheleuten an dem Gemeingute zustehende gleiche Recht ist aber dadurch einigermaßen eingeschränkt, daß dem Manne, als dem Haupte der Familie, und vermöge der ihm zukommenden ehelichen Vormundschaft, vor-

fügungs-, Verwaltungs- und Nutzungsrechte hergestellt wird, hängt von den besonderen Einrichtungen und Verhältnissen ab.

c) Das Sonderrecht der einzelnen Genossen steht dem Recht der Gesammtheit selbständig gegenüber; es erlischt daher auch nicht mit der Auflösung der Vereinigung, und schließt namentlich bei Aufhebung der Corporation den Anfall des Vermögens an den Fiscus aus[11]).

Der Begriff des Gesammteigenthums, im vorigen Jahrhundert allgemein anerkannt, wenn auch nicht zur vollen wissenschaftlichen Klarheit erhoben[12]), ist in neuerer Zeit Gegenstand mehrfacher Anfechtung geworden. Zuerst bekämpfte Hasse das s. g. condominium in solidum vom Standpunkte des römischen Rechts aus, weil es einen logischen Widerspruch enthalte. Indem er aber den Rechtsverhältnissen, in denen man das Gesammteigenthum hatte erkennen wollen, und namentlich der ehelichen Gütergemeinschaft den Begriff der juristischen Persönlichkeit unterbreitete, sah er ganz richtig, daß es hier auf die Beschaffenheit des Rechtssubjects ankomme, und irrte nur darin, daß er allein die im römischen Recht ausgebildeten Formen des Vereinswesens zur Anwendung brachte[13]). — Später suchte Duncker, indem er nach Art der älteren Romanisten die deutschen Rechtsinstitute nach römischen Analogien construirte, nachzuweisen, daß der Begriff des Gesammteigenthums dem deutschen Rechte fremd sei[14]). Aber der Begriff ist so alt wie unsere

---

nehmlich die Administration des gemeinschaftlichen Vermögens gebührt; die er jedoch dergestalt, daß dadurch das gemeine Beste der Ehe erhalten und befördert wird, zu führen verbunden ist."

[11]) Schüler a. a. O. Nr. 5. S. 260—65. — H. G. B. Art. 245. „Das Vermögen einer aufgelösten Actiengesellschaft wird nach Tilgung ihrer Schulden unter die Actionäre nach Verhältniß ihrer Actien vertheilt." Vgl. oben §. 68. Note 19.

[12]) Ueber die Dogmengeschichte s. Duncker, das Gesammteigenthum (Marburg 1843.) S. 1—23. — Der Einfluß der älteren Theorie auf die Bestimmungen der neueren Gesetzbücher über das Miteigenthum ist nicht ganz klar; s. Oesterr. Gesetzb. §. 361. „Wenn eine noch ungetheilte Sache mehrern Personen zugleich zugehört, so entsteht ein gemeinschaftliches Eigenthum. In Beziehung auf das Ganze werden die Miteigenthümer für eine einzige Person angesehen; insoweit ihnen aber gewisse, obgleich unabgesonderte Theile angewiesen sind, hat jeder Miteigenthümer das vollständige Eigenthum des ihm gehörigen Theiles." — Ueber das Pr. A. L. R., besonders Th. I. Tit. 17. §. 1. — Tit. 8. §. 18. — Tit. 17. §. 2—4. vgl. Gans, Beiträge zur Revision der Preußischen Gesetzgebung S. 442 —46. — F. Boas, zur Lehre vom Miteigenthum. Berlin 1864. — Göppert, Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum nach dem preuß. Allg. Landr. Halle 1864.

[13]) Hasse, Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft (Kiel 1808.) §. 10—19.

[14]) So wird in die alte Vergabung von Todes wegen eine Suspensivbedingung hineingelegt; die gesammte Hand im Lehen und die Ganerbschaft werden der

Rechtsquellen, wenn auch der Name und die technische Formulirung neueren Ursprungs sind; ihn wieder aufgeben, hieße den positiven Rechtsstoff willkührlich verkürzen und die unbefangene Würdigung selbständiger Rechtsinstitute gefährden.

§. 83.

IV. Von den Gemeindegütern.

Wie es sich auch mit der Landnahme bei der ersten Ansiedlung der Deutschen verhalten haben mag, so treten doch in der späteren Entwickelung jedenfalls zwei verschiedene Wirthschaftssysteme bestimmt hervor, welche, wenn auch in mannichfachen Uebergängen und Ausgleichungen, neben einander hergehen. In einem Theile Deutschlands bestand eine Feldgemeinschaft, von welcher nur die einzelne Hofstätte (der Toft) ausgeschieden war, indem diese in den verschiedenen Schlägen oder Kampen die ihr zugewiesenen Landtheile hatte; nach dem andern Systeme dagegen herrschte der gesonderte Hofbesitz vor, an den sich die Markgenossenschaft für das gemeinsam gebliebene Land anlehnte. Dieser Unterschied ist in seinen Folgen einflußreich geblieben; äußerlich trat er jedoch bei der stets wachsenden Bedeutung des Sondereigenthums allmählich mehr zurück, und es blieb im Allgemeinen nur der Gegensatz zwischen dem gemeinschaftlichen und dem gesonderten Grundbesitz, welcher sich aber unter verschiedenartigen Einwirkungen verschieden gestaltete[1]).

Im Allgemeinen läßt sich annehmen, daß die einzelnen Berechtigten, welche an dem Gemeindelande (der Allmende) einen Antheil hatten, in einer genossenschaftlichen Verbindung unter einander standen; von besonderer Wichtigkeit mußte es aber sein, welches Verhältniß zwischen dieser

---

römischen communio untergeordnet; bei der Erbverbrüderung, auch in ihrer ältesten Gestalt, werden nur eventuelle Rechte angenommen, welche auch bei dem Familienvermögen des hohen Adels das ausschließliche Eigenthum des Inhabers beschränken sollen; bei den Markgenossenschaften wird das Eigenthum der einzelnen Märker und das Gemeindevermögen streng geschieden, bei der ehelichen Gütergemeinschaft nur dem Manne das Eigenthum zugesprochen; die Actiengesellschaft und Gewerkschaft ist eine communio mit ausgeschlossener Theilungsklage. — Der Ausführung von Duncker sind namentlich gefolgt: Hillebrand, Lehrbuch §. 45. — Gerber, System §. 77. — Gengler, Lehrbuch I. §. 50. — Walter, System §. 122. — Auch Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 11. – Mittermaier, Grundsätze I. §. 155. stimmen im Wesentlichen damit überein; eigene Ansichten hat Brakenhöft, in der Zeitschrift für deutsches Recht VIII. S. 62 ff. — Dernburg, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts II. §. 222. Note 8. erkennt den Begriff an und vermeidet nur den Ausdruck, weil sich vielfach unklare Vorstellungen daran knüpfen. Allein diese sind eben zu bekämpfen.

1) Vgl. oben §. 69. Note 1. 4.

Genossenschaft und der politischen Gemeinde galt: ob beide vollständig getrennt waren oder ganz zusammen fielen oder doch in einer bestimmten Beziehung zu einander sich befanden. Diese drei Combinationen kommen nun in der That neben einander vor. Auch jetzt finden sich noch Ueberreste der alten Markgenossenschaft, zum Theil mit wechselnder Ackervertheilung unter den Genossen[2]), oder es haben sich in der Ortsgemeinde selbständige agrarische Genossenschaften gebildet[3]), oder es erscheinen in der Ortsgemeinde diejenigen, welche an dem Gemeindelande Theilrechte haben, als besonders bevorzugt, und bilden, den übrigen Besitzern gegenüber, die eigentlich berechtigte Corporation. Aber auch das Recht der Gutsherrschaft machte sich hier geltend; die Beisitzer gewannen zum Theil gewisse Anrechte an den Nutzungen des Gemeindelandes, welche ihnen, insoweit sie zu Gemeindezwecken verwandt werden, überhaupt zu Gute kommen. Die neuere Zeit endlich führte dahin, auch in der Landgemeinde das Ortsbürgerrecht zu begründen und sie ähnlich wie die Stadtgemeinde als politische Institution consequent durchzuführen, was dann wieder zur Ausscheidung einer besonderen Realgemeinde die Veranlassung gab. Diese Veränderungen haben auf das Recht der Gemeindegüter zum Theil wesentlich eingewirkt[4]); dasselbe läßt sich nur unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Momente richtig darstellen.

I. Das Gemeindevermögen dient unmittelbar dem Zwecke der Gemeinde, ohne daß überhaupt besondere Nutzungsrechte einzelner Gemeindeglieder daran begründet sind. Ein solches patrimonium universitatis, in den Städten Kämmereivermögen, auf dem Lande Ortsvermögen genannt, ist das privative Eigenthum der Gemeinde als einer juristischen Person[5]); zu demselben gehören namentlich auch solche Sachen, welche für

---

[2]) G. Hanssen, die Gehöferschaften (Erbgenossenschaften) im Regierungsbezirk Trier. Berlin 1863. — H. Achenbach, die Haubergsgenossenschaften des Siegerlandes. Bonn 1863. — Grefe, Hannovers Recht II. §. 82—84. — A. Heusler, die Rechtsverhältnisse am Gemeinland in Unterwalden (Zeitschr. für schweizer. Recht Bd. X.). Ueber die schweizerischen Sentengenossenschaften s. Schauberg, Beiträge zur Kunde und Förderung Zürich. Rechtspflege N. F. XVIII. S. 134 ff.

[3]) Schüler a. a. O. (s. §. 82. Note 2.) Nr. 5. 6. — Päpke, in der Zeitschr. für deutsches Recht XVII. Nr. 6. (über die Baumannschaften in neuvorpommerschen Städten). — Buchka und Budde, Entscheidungen III. Nr. 21. (über die Halbpflegergenossenschaften in mecklenburgischen Städten).

[4]) Vgl. Renaud, in der Zeitschr. für deutsches Recht IX. S. 1—76.

[5]) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 6. §. 70. 71. — Baier. rev. Gemeindeordnung Tit. I. Cap. 2. §. 25.

Alle gleichmäßig zum öffentlichen Gebrauch bestimmt sind, wie Straßen, Thore, Beleuchtungsanstalten u. s. w.[6]).

II. Die agrarische Genossenschaft ist selbständig constituirt, und vereinigt die Sonderrechte der einzelnen Mitglieder in sich, indem sie zur politischen Gemeinde in gar keiner oder nur in einer bedingten Abhängigkeit steht[7]).

III. An den Gemeindegütern stehen den einzelnen Gemeindegliedern bestimmte Nutzungsrechte zu.

a) Die gemeinsame Benutzung der Güter, meistens Weiden, Moore, Waldungen, beruht nicht auf einem speziellen Rechtstitel der Einzelnen, sondern ist die Folge einer verfassungsmäßigen Anordnung der Corporation, welche daher auch durch ihre Beschlüsse Abänderungen in der Art und Vertheilung der Benutzung hervorrufen, ja diese zum Besten des Ganzen wieder aufheben kann, wenn nicht in der Form der Verleihung die Einräumung eines wohlerworbenen Rechts liegt. Ob namentlich die Vertheilung der Nutzungsrechte nach der Zahl der Gemeindeglieder oder Feuerstellen oder nach dem Maaße des Grundbesitzes oder des Wirthschaftsbetriebes oder der Steuerlast festgestellt wird, ob sie ferner nur den wirklichen Gemeindegliedern oder auch den Beisitzern zukommen, ob dafür Zahlungen an Einkaufsgeldern, Weidegeldern oder dgl. zu entrichten sind —, das Alles hängt von den gesetzlichen Vorschriften und den besonderen Einrichtungen der einzelnen Gemeinden ab[8]).

b) Das Recht der Einzelnen an dem Gemeindegut stellt sich als ein selbständiges dingliches Nutzungsrecht dar, welches in der Regel als ein Realrecht mit einem Grundstücke verbunden, durch ausdrückliche Verleihung, Herkommen, Verjährung oder durch einen andern Rechtstitel erworben ist. Das Eigenthum der Güter bleibt in diesem Fall der Gemeinde, ist aber durch das Nutzungsrecht der einzelnen Mitglieder beschränkt, indem diese z. B. einen Anspruch auf bestimmte Lieferungen aus dem Gemeindewald haben, der zum Besten der Commune verwaltet wird.

---

[6]) Baier. rev. G. O. a. a. O. §. 24. — Gaudlitz, de finibus inter jus singulorum et universitatis regundis spec. (Haubold, opusc. academ. II p. 547—620.) cap. IV. §. 1.

[7]) S. Note 2 und 3. Auch diese Genossenschaften werden zuweilen unter der Realgemeinde im weiteren Sinne begriffen.

[8]) Württemb. Gesetz über das Gemeindebürger- und Beisitzrecht v. 4. Dec. 1833. Art. 49. 53. — Preuß. Städteordnung v. 19. Nov. 1808. §. 53. — Declaration vom 26. Juli 1847. §. 1. Abs. 2. 3. — Dähnert, Sammlung gemeiner und besonders Pommerscher und Rügischer Landes-Urkunden. Suppl. II. S. 1204 ff. — III. S. 295 ff. 324 ff. 352 ff. 385 ff. 397 ff. 517 ff. — IV. S. 378 ff. 747 ff.

c) Der Gemeinde steht ein bestimmtes Recht der Aufsicht, der Feldpolizei u. dgl. zu, die wichtigsten Eigenthumsrechte sind aber bei den Theilnehmern am Gemeindegut, zu deren Vortheil die Bewirthschaftung geschieht, so daß Abgaben zu Gemeindezwecken besonders begründet sein müssen, und nur ausnahmsweise Gemeinschaft der Nutzungen zwischen der Gesammtheit und den Einzelnen besteht. Auch hier findet sich für das Sonderrecht der Einzelnen entweder die Form der Realrechte, oder die Nutzungen werden, nach ideellen Theilen berechnet, von den Inhabern als selbständige Vermögensrechte besessen und können von ihnen frei veräußert werden[9]).

Rechtsverhältnisse dieser Art stammen aus der früheren Verfassung der Landgemeinden her, welche ursprünglich nur von den mit bestimmten Theilrechten am Gemeindelande ausgestatteten Grundbesitzern gebildet und von diesen (in manchen Gegenden Gerechtigkeitsmänner genannt) auch später, nach der Aufnahme von Beisitzern, ausschließlich regiert wurden. Wo nun anstatt dieser Realgemeinde die politische Ortsgemeinde eingeführt ist, da bleibt jenen Theilnehmern am Gemeindenutzen ihr besonderes Recht vorbehalten; sie bilden wie die altbegründeten agrarischen Corporationen regelmäßig innerhalb der neuen Gemeinde eine eigene Privatgenossenschaft, welche ihre besonderen Interessen selbständig wahrnehmen kann[10]). Wo dagegen jene Ausscheidung noch nicht erfolgt ist, und die

---

[9]) Das erstere Verhältniß ist das gewöhnliche, doch finden sich auch jetzt noch in einigen Gegenden die veräußerlichen Theilrechte, welche den Actien zu vergleichen sind. Vgl. Duncker, Gesammteigenthum S. 169. — Sternberg, Hessische Rechtsgewohnheiten I. S. 6. — Michelsen, in der Zeitschrift für deutsches Recht VII. S. 94 ff. — Renaud a. a. O. IX. S. 47 ff. Dagegen bestimmt die Badische Gemeindeordnung §. 89. „Die Berechtigung zum Allmendgenusse darf durch Veräußerung oder Erbschaft auf andere nicht übertragen werden, außer wo das Nutzungsrecht auf dem Besitze gewisser Liegenschaften haftet, und in solchem Fall nur zugleich mit diesen letzteren."

[10]) Die deutsche Gesetzgebung hat im Allgemeinen den privatrechtlichen Charakter dieser s. g. Realgemeinderechte gewahrt, wenn auch die besonderen Rechtsverhältnisse nicht immer mit voller Bestimmtheit unterschieden sind. Außer den angeführten Abhandlungen von Sternberg und Renaud vgl. Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I. S. 78 ff. 251 ff. — II. S. 73 ff. — Weiske, prakt. Untersuchungen III. S. 67 ff. — Duncker, das Gesammteigenthum S. 152—95. — Ortloff, Heimbach, Schüler, Guyet, juristische Abhandlungen und Rechtsfälle I. S. 293 ff. 318 ff. Ferner: Preuß. Gemeindeordnung v. 11. März 1850. §. 46. 106. — Württemb. Gesetz über das Gemeindebürger- und Beisitzrecht Art. 6. 49—51. (vgl. den Ministerialerlaß vom 8. Nov. 1843. bei Bitzer, die Realgemeinderechte S. 44 ff.) — Badische G. O. v. 31. Dec. 1831. §. 54. — Churhess. G. O. v. 23. Oct. 1834. §. 70. — Sachsen-Weimar. Land-G. O. vom 2. Febr. 1840. §. 30. — Wenig berücksichtigt sind die wohlerworbenen Sonderrechte der einzelnen Gemeinde-

Genossenschaft der Realberechtigten zugleich die Gemeinde ausmacht, da überwiegt doch in Beziehung auf die Gemeindegüter die privatrechtliche Seite des Verhältnisses, und ein Eigenthum der Gemeinde kann nur angenommen werden, insofern sie eben aus sämmtlichen Berechtigten gebildet wird.

IV. Das Recht der Gemeindegüter kann noch durch das Obereigenthum der Gutsherrschaft[11]), durch amtliche Nutzungen[12]), Ansprüche der Beisitzer[13]) u. dgl. in verschiedener Weise modificirt werden: doch ist die Normirung der einzelnen hieher gehörigen Rechtsverhältnisse, insofern sie nicht aus der Anwendung allgemeiner Rechtsprincipien zu entnehmen ist, den Particularrechten zu überweisen.

Uebersieht man die verschiedenen hier näher bezeichneten Rechtsverhältnisse, so ist es klar, daß sie nicht alle unter denselben Rechtsbegriff gebracht werden können. In den unter I. und IIIa. aufgeführten Fällen liegt das Eigenthum einer juristischen Person vor, dessen Natur durch die, einzelnen Gemeindegliedern eingeräumten Nutzungsrechte nicht verändert wird. Auch die unter IIIb. erwähnten Sonderrechte schließen das Eigenthum der Gemeinde nicht aus; sie beschränken dasselbe nur mit den Wirkungen eines selbständigen dinglichen Rechts, und haben insofern Aehnlichkeit mit den Servituten, von denen sie sich aber durch die eigenthümliche Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses unterscheiden, so daß die für dieselben geltenden besonderen Grundsätze hier keine Anwendung finden können[14]). Diese einzelnen Nutzungsrechte an den Gemeindegütern erscheinen vielmehr als dingliche Rechte an einer fremden Sache, welche ihre nähere Bestimmung aus der besonderen Natur des Gemeindeverhältnisses erhalten[15]).

Anders stellt sich jedoch die Sache in denjenigen Fällen, wo die Markgenossenschaft mit den verwandten Einrichtungen, die Realgemeinde

---

glieder in der Baier. G. O. §. 24. 25. und der großherzoglich Hess. G. O. vom 30. Juni 1821. Art. 93—95. —

[11]) Renaud a. a. O. S. 16. 23. — Weiske, praktische Untersuchungen III. S. 72. — Preuß. Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821. §. 9. 10.

[12]) S. z. B. über die Ansprüche des Markrichters: Zeitschrift für die Landeskultur-Gesetzgebung in den Preußischen Staaten X. S. 241 ff.

[13]) Seuffert II. Nr. 256.

[14]) Die entgegenstehende sehr verbreitete Ansicht ist namentlich auch durchgeführt in der oben Note 5. angeführten Abhandlung von Gaudlitz (Haubold) cap. I. §. 1. cap. IV.

[15]) Vgl. Renaud a. a. O. S. 95., der aber diese Auffassung, indem er sie auch auf die Fälle des Gesammteigenthums überträgt, viel zu sehr generalisirt.

oder die selbständige Stellung der einzelnen Realberechtigten in der Ortsgemeinde besteht (Nr. II. und III c.). Hier überwiegen im Allgemeinen die Rechte der einzelnen Genossen, so daß von dinglichen Rechten an einer fremden Sache und von einem ausschließlichen Eigenthum der juristischen Person nicht die Rede sein kann[16]. Auf der anderen Seite aber nimmt die Gesammtheit (sei es Gemeinde oder Genossenschaft) in ihrer verfassungsmäßigen Organisation doch eine wichtige Stellung ein, indem sie die Einzelrechte zusammenhält und die einheitliche Leitung und Vertretung der gemeinsamen Angelegenheiten möglich macht, auch bestimmte Erträge aus dem Gemeindegute ziehen kann. Es liegt daher auch kein Miteigenthum im Sinne des römischen Rechts vor[17]. Vielmehr ist hier ein Gesammteigenthum anzunehmen, welches durch die allgemeine Natur des Rechtsverhältnisses und die besondere Verfassung der einzelnen Corporation seine bestimmtere Gestaltung erhält[18].

§. 84.

IV. Von den Gemeindegütern (Fortsetzung). Die Auftheilung.

Staatswirthschaftliche Rücksichten haben in neuerer Zeit das Bestreben hervorgerufen, die in Gemeinschaft liegenden Güter durch Auftheilung einer erhöhten Cultur zugänglich zu machen. Darauf beruhen die in den meisten deutschen Staaten erlassenen gesetzlichen Bestimmungen über Gemeinheitstheilungen, welche den bezeichneten Zweck aber zum Theil sehr einseitig verfolgt haben, indem sie weder auf die besondere Beschaffenheit gewisser Güter, namentlich der Waldungen, noch auf die dauernden Interessen der Gemeinden immer die gehörige Rücksicht nehmen[1]. Die politische

---

16) Diese Ansicht ist wieder vertreten von Römer, in der Zeitschrift für deutsches Recht XIII. S. 94—121.

17) Das Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 6. §. 72. — Tit. 8. §. 160. behandelt das Bürgervermögen nach den Regeln des gemeinsamen Eigenthums, was aber durch die Declaration v. 26. Juli 1847. §. 3. auf die Verwaltung beschränkt ist. Die Haubergs-Ordnung für Siegen v. 6. Dec. 1834. §. 1. bestimmt: „Die Hauberge sind und bleiben ein ungetheiltes und untheilbares Gesammteigenthum der Besitzer." S. Achenbach a. a. O. S. 11.

18) Bluntschli, deutsches Privatr. §. 59. — Eichhorn, Einleitung §. 168. — J. Grimm, R. A. S. 495 ff. — Weiske a. a. O. S. 165 ff. — A. Heusler a. a. O.

1) Bezeichnend ist z. B. die Bestimmung der Preuß. Gemeinheitstheilungs-Ordnung v. 7. Juni 1821. §. 1. „Die von mehreren Einwohnern einer Stadt oder eines Dorfs, von Gemeinen und Grundbesitzern bisher gemeinschaftlich ausgeübte Benutzung ländlicher Grundstücke soll zum Besten der allgemeinen Landescultur, so viel als möglich ist, aufgehoben, aber so lange sie besteht, möglichst unschädlich gemacht werden. §. 23. Es ist ohne Beweisführung anzunehmen, daß jede

Seite der Frage kommt hier nicht zur Erwägung [2]), aber auch die rechtliche kann nur vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus erörtert werden, und zwar nach Anleitung der im vorhergehenden §. angeführten verschiedenen Arten der Gemeindegüter. Die Particularrechte, nicht immer der leitenden Principien sich bewußt, weichen oft in sehr wesentlichen Punkten von einander ab.

I. Bei dem reinen Corporationsvermögen kann von einer Auftheilung desselben unter die Gemeindeglieder nicht die Rede sein; aber auch wenn Nutzungsrechte bestehen, welche keine wohlerworbenen geworden sind, sondern nur auf Concession beruhen, kann durch Corporationsbeschluß eine Aenderung und selbst Aufhebung derselben beliebt werden. Soll aus Billigkeitsgründen eine Entschädigung gegeben werden, und zieht man es nicht etwa vor, die gegenwärtig Berechtigten im Besitz zu lassen, so ist doch nur der Ersatz des jedem Einzelnen zukommenden Nutzens zu gewähren. Eine Ablösung nach dem Capitalwerthe oder gar eine Auftheilung der Güter wäre eine Schenkung der Corporation an die gerade vorhandenen Mitglieder [3]).

II. Es bestehen wohlerworbene Nutzungsrechte an dem Gemeindegut als einer fremden Sache. Ueber diese kann die Corporation ohne Zustimmung der Betheiligten nicht einseitig verfügen; eben so wenig aber haben diese einen Anspruch auf Theilung [4]). Es kommen hier vielmehr im Allgemeinen die Grundsätze über die Ablösung der Grundlasten zur Anwendung, die aber, weil sie eine Enteignung enthalten, nur durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, oder wo diese fehlt, durch Vertrag herbeigeführt werden kann [5]).

III. Die Güter stehen im Gesammteigenthum; dann ist die Auftheilung rechtlich zulässig, da auch etwaige Ansprüche der Gemeinde auf

---

Gemeinschaftsauseinandersetzung zum Besten der Landescultur gereiche und ausführbar sei." Vgl. jetzt das Preuß. Gesetz betreffend Schutzwaldungen und Waldgenossenschaften vom 6. Juli 1875.

[2]) Vgl. Stüve, Wesen und Verfassung der Landgemeinden S. 141—47.

[3]) Ein ausdrückliches Verbot enthält die Preuß. Declaration vom 26. Juli 1847. §. 1. Vgl. Gemeinheitstheilungs-Ordnung für die Rheinprovinz — so wie für Neuvorpommern und Rügen vom 19. Mai 1851. §. 3.

[4]) Das Princip des gemeinschaftlichen Eigenthums war leitend in der früheren preuß. Gesetzgebung; s. A. L. R. Th. I. Tit. 17. §. 311 ff. — Gemeinheitstheilungs-Ordnung v. 7. Juni 1821. §. 17. Die Declaration v. 26. Juli 1847. hat aber sehr wesentliche Beschränkungen eingeführt.

[5]) Preuß. Ergänzungs-Gesetz über Ablösung bei Gemeinheitstheilungen v. 2. März 1850. Von der Auftheilung der Gemeindegüter ist der Fall verschieden, wenn die Gemeinde verfassungsmäßig über den Umfang der einzelnen Nutzungsrechte bestimmt, s. Seuffert XXXIII. Nr. 281.

gewisse Abgaben und Nutzungen dabei berücksichtigt werden können. Die Theilung, welche eine Veräußerung und also eine Verfügung über wohlerworbene Rechte in sich schließt, kann aber nicht durch Corporationsbeschluß, weder der politischen noch der agrarischen Gemeinde, sondern nur durch die Uebereinstimmung sämmtlicher Berechtigten herbeigeführt werden[6]). Um das ganze Theilungswerk jedoch nicht an dem Widerspruch Einzelner scheitern zu lassen, haben die neueren Gesetze ausdrückliche Bestimmungen über die Art erlassen, wie der Beschluß auch ohne Stimmeneinheit gültig zu Stande kommen kann[7]).

Was nun das Theilungsmaaß betrifft, so bestehen darüber verschiedene Ansichten, welche auf folgende zwei Theorien zurückzuführen sind.

a) Einige wollen den Umfang der Nutzungsrechte maaßgebend sein lassen. Ist derselbe durch ideelle Theile oder in anderer Weise, z. B. bei dem Weiderechte nach der Stückzahl des Viehes fest bestimmt, so sollen darnach die Antheile gemacht werden; sonst ist vornämlich auf die Größe des berechtigten Grundbesitzes, dessen Bedarf für die Nutzung den Ausschlag giebt, zu sehen[8]).

b) Nach einer andern Ansicht sind im Zweifel Kopftheile zu machen, so daß die Gemeindeglieder gleiche Antheile bekommen, und nur, wenn die Nutzungen von verschiedenem Umfange sind, deren Werth bei der Vertheilung in Anschlag gebracht wird[9])

---

[6]) Bluntschli a. a. O. — Renaud, in der Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 88—92. — Römer, ebendas. XIII. S. 147. — Seuffert II. Nr. 256. — VIII. Nr. 11. — Zum Theil abweichende Ansichten s. bei Buchka und Budde Entscheidungen III. Nr. 21. (auch bei Seuffert XIII. Nr. 124.) Vgl. Zeitschrift für deutsches Recht XVII. S. 249.

[7]) Die Bestimmungen hierüber sind, da sie nur auf Zweckmäßigkeitsrücksichten beruhen, natürlich verschieden; s. Bad. G. O. §. 97. 105. — Großh. Hess. G. O. Art. 95.

[8]) Gaudlitz (Haubold) de finibus inter jus singulorum et universitatis regundis spec. cap. IV. — Vgl. Preuß. Gemeinheitstheilungs-Ordnung v. 7. Juni 1821. §. 30. „Bei einer jeden Auseinandersetzung müssen die Betheiligten nach ihren Theilnehmungsrechten abgefunden werden." — Großh. Hess. G. O. Art. 96. „Durch die Theilung, welche unter Leitung der Provinzialregierung erfolgt, erhält jeder, welcher bisher Theil an dem Genusse hatte (also einschließlich der Beisassen, wenn sie bisher Theil daran hatten), nach Verhältniß der jetzigen Theilnahme an dem Genusse, einen Theil des bisherigen Gemeindevermögens erb- und eigenthümlich. Gemeindewaldungen sind von dieser Theilung ausgeschlossen."

[9]) Thibaut, civilistische Abhandlungen S. 381—403. — Seuffert VII. Nr. 147. Nur Kopftheile gewährt in der Regel die Bad. G. O. §. 106. „Werden seither gemeinschaftlich benützte Allmendgüter zu Eigenthum vertheilt, so geschieht die Theilung, wenn von der Gemeinde nichts Anderes bestimmt ist, ohne Rücksicht auf den Genuß, unter sämmtliche Gemeindebürger nach Köpfen, in Theilen von möglichst gleichem Werth, durch das Loos."

Bei der Prüfung dieser Theorien muß zuvörderst zwischen dem Güterrecht der selbständigen agrarischen Genossenschaft und dem der Gemeinde unterschieden werden. Für die Ersteren kann bei der Auftheilung nur das Sonderrecht der einzelnen Betheiligten maaßgebend sein; für die Gemeinde ist zu unterscheiden, ob das Recht der Corporation im Gesammteigenthume ein blos politisches ist und für die Gesammtheit, wenn auch einzelne Erträge, doch keine eigentlichen Nutzungen mit sich bringt; oder ob auch diese zwischen der Corporation und den Einzelnen getheilt erscheinen. Im ersteren Fall rechtfertigt sich die Auftheilung nach dem Maaße der Nutzungsrechte, im zweiten Fall ist aber deren Werth nur zu den Kopftheilen in Anschlag zu bringen, da bei dem selbständigen Recht der Gesammtheit der Umfang der von den einzelnen Genossen geübten Nutzung nicht einen entsprechenden Antheil an der Vermögenssubstanz repräsentirt. Indessen ist bei den Gerechtigkeiten der Einzelnen das erstere Verhältniß das Gewöhnliche, und die Theilung nach dem Umfange der Nutzungsrechte als die Regel festzuhalten.

Ueber die Abfindung der Beisitzer, der Wittwen von Gemeindebürgern, der Pfarrer, Schullehrer wegen amtlicher Hebungen u. s. w. enthalten unter Anwendung des Princips der vollständigen Entschädigung die Particularrechte genauere Vorschriften[10]).

Grundstücke, die früher nicht benutzt gewesen (Wüsteneien, Lehden), kommen überhaupt nur in die Theilung, insofern sie zu der im Gesammteigenthum befindlichen Gütermasse gehören[11]).

§. 85.

V. Das Eigenthum an beweglichen Sachen.

Es ist wohl zur allgemeinen Charakteristik des deutschen und römischen Sachenrechts die Behauptung aufgestellt worden, daß das erstere mehr auf der Grundlage der unmittelbaren Herrschaft über die Sache — des Besitzes beruhe, letzteres dagegen den Begriff des dinglichen Rechts zum herrschenden gemacht habe[1]). Diese Ansicht ist nun, wie schon das Institut der gericht-

---

10) Baier. rev. G. O. §. 25. — Württemb. Gesetz über das Gemeindebürger- und Beisitzrecht v. 4. Dec. 1833. §. 53. 54. — Bad. G. O. §. 108. 109. — Großh. Hess. G. O. Art. 93. 98.

11) Zu weit geht im Interesse der Nutzungsberechtigten Gaudlitz (Haubold) l. c. cap. IV. §. 6. Ebensowenig gilt aber für die Gutsherrschaft eine Präsumtion des Erwerbs, s. v. Langenn und Kori, Erörterungen II. S. 143—66., oder gar, ohne particularrechtliche Begründung, ein Recht des Staats, s. Strube, rechtliche Bedenken IV. 109. — Hagemann, Landwirthschaftsrecht S. 147—49. — Weiske, Landwirthschaftsrecht §. 24—26. 34—37.

1) Gaupp, Zeitschrift für deutsches Recht I. 1. S. 90 ff.

lichen Auflassung darthut, für das deutsche Recht des Grundbesitzes nicht durchzuführen; aber in Betreff der fahrenden Habe erscheint sie begründet. Während nämlich das römische Recht auch für diese den Eigenthumsbegriff consequent festhält und die Vindication unbedingt gelten läßt, hat das deutsche Recht in dieser Beziehung eine sehr wesentliche Beschränkung. Wer eine bewegliche Sache freiwillig und ohne die Absicht, Eigenthum zu übertragen, aus seiner Gewere läßt, kann gegen den dritten Besitzer keine Klage auf Herausgabe anstellen, sondern muß sich mit seiner Forderung an den Empfänger als den Schuldner halten. Man hat dies sprüchwörtlich so ausgedrückt: Hand muß Hand wahren, oder: Wo man seinen Glauben gelassen hat, muß man ihn wieder suchen[2]).

Diese Regel galt ursprünglich allgemein bei jeder freiwilligen Besitzentäußerung[3]), und fand ihren Gegensatz in dem Recht des Eigenthümers, die ihm geraubte oder gestohlene Sache mit dem „Anfang" auch von dem

---

[2]) Beide Sprüchwörter, die aber kein hohes Alter haben (s. Albrecht, Gewere Note 187.) werden gewöhnlich als gleichbedeutend betrachtet und kommen auch im rev. Lüb. Recht B. III. Tit. 2. Art. 1. 2. so vor. Ursprünglich mögen sie aber einen besonderen Sinn gehabt haben, worauf die friesischen Rechtsquellen hindeuten; denn die Worte: hond scel hond wera — werden hier auf den Empfänger der Sache bezogen und bedeuten: die Hand soll der Hand Gewähr leisten; s. v. Richthofen, im friesischen Wörterbuch s. v. wera S. 1136; vgl. Friesische Rechtsquellen S. 66. Anm. 17. — Kraut, Grundriß §. 82. Nr. 39—41. — Einen verschiedenen Sinn findet in den Sprüchwörtern: Reyscher, Zeitschrift für deutsches Recht V. S. 198 ff.

[3]) Die entscheidende Stelle ist Sächs. Landr. B. II. Art. 60. §. 1. „Svelk man enen anderen liet oder sat perde, oder en kleid, oder jenegerhande varende have, to svelker wis he die ut von sinen geweren let mit sime willen, verkoft sie die, die sie in geweren hevet, oder versat he sie, oder verspelet he sie, oder wert sie ime verstolen oder afgerovet; jene, die sie verlegen oder versat hevet, die ne mach dar nene vorderunge up hebben, ane uppe den, deme he sie leich oder versatte." Die Worte: „to svelker wis he die ut von sinen geweren let mit sime willen" scheinen sich doch in natürlicher Construction auf den Eigenthümer und nicht auf den Empfänger zu beziehen, so daß sie das Leihen und Versetzen generalisiren. S. Albrecht, Gewere, S. 86 ff. — Gaupp a. a. O. S. 116 ff. — Gries, Commentar zum Hamburger Stadtrecht II. S. 204 ff. — Budde, de vindicatione rerum mobilium germanica (Bonnae 1837.) p. 42 sqq — Baumeister, Hamburger Stadtrecht I. S. 242 ff. — Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht VIII. S. 246 ff. — v. Meibom, das deutsche Pfandrecht S. 65 ff. — Heusler, die Beschränkung der Eigenthumsverfolgung bei Fahrhabe (Basel 1871) und die Gewere S. 487—502. — Planck, das deutsche Gerichtsverf. I. S. 393 ff. — A. Franken, Gutachten für den 15. Juristentag v. 1880. S. 13 ff. 131 ff. — Stobbe, Handbuch II. §. 146. Anderer Ansicht sind Cropp, in den crim. Beiträgen von Hudtwalker und Trummer II. 2. S. 258 ff. (später scheint Cropp indessen seine Ansicht geändert zu haben, s. Heise und Cropp, jur. Abhandl. II. Nr. 9. §. 4.) — Bruns, das Recht des Besitzes S. 316—18. — Trummer, Vorträge II. S. 132 ff.

dritten Besitzer abzugewinnen[4]); sie läßt sich nicht auf eine blos formelle Modification des Vindicationsprocesses zurückführen[5]), sondern muß als ein Grundprincip des deutschen Sachenrechts aufgefaßt werden. Indessen kommen schon früh in einzelnen Rechtsquellen mildernde Beschränkungen vor, welche mit der wachsenden Bedeutung der fahrenden Habe im Zusammenhang standen und dem römischen Recht in dieser Lehre den Weg bahnten[6]).

a) Wer eine Sache zu getreuer Hand ausgethan (deponirt) hat, der kann sie auch von dem dritten Besitzer abfordern[7]).

b) Ist die Sache dem Empfänger gestohlen, so kann der frühere Besitzer in gewissen Fällen anstatt des Empfängers die Klage auf Herausgabe derselben anstellen[8]).

---

[4]) „Anfang" heißt die Klage von der Einleitung des Vindicationsprocesses durch das Anfangen, Anfassen der Sache; sie ist aber nicht mit Albrecht a. a. O. S. 81 ff. als eine dingliche Klage im allgemeinen technischen Sinne aufzufassen, sondern nur im Gegensatze zur „schlichten" Klage die bestimmt formulirte Forderung auf Herausgabe der gestohlenen oder geraubten Sache; s. Cropp a. a. O. S. 283 ff. — Planck, Zeitschr. für deutsches Recht IX. 246—47. und: das deutsche Gerichtsverf. I. S. 694 ff. II. S. 417 ff. — Behrend, observationes de actione simplici (schlichte klage) iuris Germanici. Gryphiae 1861. — Laband, die vermögensrechtlichen Klagen S. 68 ff. und über das alte fränkische Recht: R. Sohm, der Proceß der L. Salica S. 55—121. Vgl. auch wegen des Ausdrucks „sich zu einer Sache ziehen" Gaupp a. a. O. 126. — Laband a. a. O. S. 55. — Wenn in einer den Schöffen vorgelegten species facti (Böhme, dipl. Beitr. VI. 129.) vom Anefangen bei einem Streite über Gerade gesprochen wird, so scheint dies ein ungenauer Ausdruck zu sein; möglich ist es aber auch, daß die Mutterschwester sich gerade zur Anstellung dieser Klage für befugt hielt.

[5]) Gegen diese von Eichhorn, Einleitung §. 170—71. beharrlich festgehaltene Ansicht s. Cropp a. a. O. S. 286—99. — Albrecht a. a. O. S. 88 ff.

[6]) Albrecht a. a. O. §. 11. Wenn die Unterschlagung auch in diesem Fall dem Diebstahl gleichgestellt (Sächs. Landr. B. II. Art. 29.) und ferner bestimmt wird, daß ein Knecht die ihm anvertrauten Sachen durch Veräußerung dem Herren nicht entzieht (a. a. O. B. III. Art. 6. §. 1. — Rev. Lüb. Recht B. III. Tit. 6. Art. 5. Hamb. Stadtr. v. 1605. Th. II. 9, 8.), so ist darin eine Abweichung von dem Princip noch nicht zu erkennen. Vgl. Bamb. Stadtr. (Zöpfl, Urkundenbuch) §. 115. — „daz einem verstolen, geraubet oder on reht entwert ist." Ueber die Vindication abgetrogener Sachen s. Heise und Cropp, jur. Abhandl. II. Nr. 9. — Gries, Commentar II. S. 203. — Baumeister a. a. O. S. 245. Note 13.

[7]) Goslar. Stadtr. (Göschen) S. 99. „Deyt man emme wat to truwer hand to behaltene, untvernet he dat oder wert it im untvernet van sinem ghesinde weder sinen willen, da mach de sich to ten deme dat untvernet is, also alse it im verstolen were. Deme voghede ne wert aver de dritte del nicht." Dagegen bestimmt das Stadtrecht von München (Auer) Art. 177. „Swer dem andern in treus hant ze behalten geit oder empfilcht, der sol niemant darumb ansprechen, denn den, dem er ez empfolchen hat."

[8]) Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 191. „Unde ist daz mir ein guot verstolen wird daz mir niht ist, da sol ich der klager umbe sin, unde stirbe ich,

c) Die Sache darf nicht bei dem Empfänger von dessen Gläubigern gepfändet werden[9]).

d) Der dritte Besitzer muß die Sache, auch wenn er sie von dem Empfänger rechtlich erworben hat, wieder herausgeben, wenn ihr Werth ihm angeboten wird. Der Eigenthümer, welcher sich des Besitzes entäußerte, behält also das Recht der Wiedereinlösung[10]).

e) Sachen, die einem Handwerker zur Verarbeitung hingegeben sind, können um den Betrag des daran verdienten Lohnes wieder eingelöst werden[11]).

f) Nur der Besitzer im guten Glauben kann sich auf die Regel: Hand muß Hand wahren, berufen[12]). Durch diese Beschränkung hat das Princip

---

oder entwich ich von der klage, so sol der dar nach klagen, des es da ist." Cropp a. a. O. S. 266. hält diese Bestimmung für das ursprüngliche, gemeine Recht; s. aber Albrecht a. a. O. S. 95. — Gaupp a. a. O. S. 128—129.

9) Goslar. Stadtr. S. 68. „Heft en en pant dat he heft weder ghelovet to antwarbene wanne dat van ime lost werde, dat ne mach man under eme nicht besetten." Vgl. Baier. Landr. (Heumann) S. 151.

10) Altes Lübisches Recht bei Hach, cod. II. Art. 194. „En jewelic mensche se weme he sines dinghes oder ghudes wat lene. wante cumt it so dat de deme it ghelenet is it verkoft oder vorsettet unde ofte it bekummeret wert. oder holt it iement up de deme anderen dat ghelenet hevet de is plichtich it to losende oft het webber hebben wil unde de gene de it under sic hevet magh et bet (bat) beholden na stades rechte den de gene de deme anderen dat gelenet hevet. — Rev. Lüb. Stadtr. B. III Tit. 2. Art. 2. „Ein jeglicher sehe wohl zu, weme er das Seine ausleihe und vertraue; dann würde es sich zutragen, daß derjenige, deme es geliehen oder vertrauet, dasselbe verkauffte, versetzte oder sonst alienirte, wil dann der Ausleiher das Gut wieder haben, von dem, welchem das ausgeliehene Gut per contractum gebracht, so muß er es selbst lösen, sonsten bleibet der es gekaufft, oder an sich gebracht, näher darbey, dann derjenige, welcher das Gut ausgeliehen: dann da jemand seinen Glauben gelassen, da muß er ihn wiederum suchen.

11) Rev. Lübisch. Recht B. III. Tit. 8. Art. 17. „Verdinget einer Kleider oder etwas anders einem Handwerksmann zu machen, und derselbe verkaufft oder versetzt das Zeug, welches er bearbeiten soll, so ist der neher dabey, welchem das Zeug gehöret, zu bleiben, dann derjenige, dem es verkaufft oder versetzet worden, und darff demjenigen, bey welchem er sein Zeug findet, nicht mehr als das Machelohn, so viel er daran verdienet, bezahlen." Vgl. Stader Statuten III. 15. (Pufendorf, obs. jur. I. app. p. 194.) — Bremer Statuten XXXVI. (Oelrichs p. 90.) — Hamburger Stadtr. Th. II. Tit. 9. Art. 18. Vgl. Baumeister a. a. O. S. 254.

12) Hamburger Stadtr. Th. II. Tit. 2. Art. 7. „Welcher Mann dem andern leihet sein Pferdt, Kleidt oder was es für Gut sey, und auf wasserlei weise er das aus seinen wehren lesset, mit seinem willen, und verkaufft es derjenige, der es in seinen wehren hat, oder versetzt er dasselbige, oder wird es ihm abgeraubet oder abgestolen: So mag derjenige, der es erstlich verliehen oder versetzt hat, darauff wieder den Einhaber desselben, wofern derjenige solches mit gutem

eigentlich seine ursprüngliche Bedeutung verloren; die freiwillige Besitzentäußerung hebt das Eigenthum an der Sache nicht auf, sondern gewährt nur dem Besitzer im guten Glauben eine Einrede gegen die Vindication. Nach den Statuten, welche die Regel in dieser Weise auffassen, muß daher auch consequenter Weise dem Beklagten der Beweis der freiwilligen Besitzentäußerung, nicht aber dem Kläger der des Diebstahls oder Raubes obliegen[13]).

An diese spätere Rechtsbildung haben die neueren deutschen Gesetzbücher angeknüpft. Das preußische Landrecht schützt in Betreff der dem rechtmäßigen Eigenthümer oder Besitzer abhanden gekommenen Sache nur den Besitzer im guten Glauben, der sie durch einen lästigen Vertrag erworben hat, und auch nicht weiter, als daß er Erstattung des für die Sache Gegebenen oder Geleisteten fordern kann[14]); das österreichische Gesetzbuch dagegen schließt zum Vortheile des Besitzers im guten Glauben, welcher die Sache gegen Entgeld erworben hat, die Eigenthumsklage aus[15]),

---

Titul an sich gebracht, keine förderung haben, sondern muß sich deßwegen an demselben, welchem er es geliehen oder versetzt hat, oder so derselbige verstorben, an dessen Erben halten." Das Erforderniß des guten Titels für den Beklagten, welches die älteren Recensionen des Statuts noch nicht haben, schließt auch das des guten Glaubens in sich; s. Gries, Commentar II. S. 214. — Baumeister a. a. O. I. S. 248 ff.

13) Dennoch bestimmt, wohl in Erinnerung an das frühere Beweisverfahren, das Hamburger Stadtrecht Th. II. Tit. 8. Art. 8. „Welcher Mann etwas kaufft, der sol sich vorsehen, und eigentlich war nehmen, was und von weme er kaufft, dann wann ein Gut gestolen, geraubet und abgetrogen ist, und der rechte Herr desselbigen kömpt und glaubwirdige Anzeige thut, das solches Gutt sein gewesen und noch sey: So mag er dasselbe mit Vorwissen des Richters, ohne alle entgeltnuß und bezahlung des ausgegebenen kauffgeldes, wiederumb an sich nehmen, und sol der kauffer, wofern er umb den diebstal und betriegung gewußt, mit gebührender straffe belegt werden." Vgl. Heise und Cropp juristische Abhandlungen II. S. 148. Note 10. — Seuffert III. Nr. 6. Anders das Oesterr. Gesetzb. §. 367. s. unten Note 15.

14) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 15. §. 25. „Wer die dem rechtmäßigen Eigenthümer oder Besitzer abhanden gekommeue Sache von einer unverdächtigen Person, durch einen lästigen Vertrag an sich gebracht hat, muß dieselbe zwar ebenfalls zurückgeben. §. 26. Er kann jedoch dagegen die Erstattung alles dessen, was er dafür gegeben oder geleistet hat, fordern."

15) Oesterr. Gesetzb. §. 367. „Die Eigenthumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht Statt, wenn er beweiset, daß er diese Sache entweder in einer öffentlichen Versteigerung, oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmanne, oder gegen Entgeld von jemanden an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung, oder in was immer für einer andern Absicht anvertrauet hatte. In diesen Fällen wird von dem redlichen Besitzer das Eigenthum erworben, und dem vorigen Eigenthümer steht nur gegen jene, die ihm dafür verantwortlich sind, das Recht der Schadloshaltung zu."

und ebenso das deutsche Handelsgesetzbuch, welches ein von dinglichen Lasten freies Eigenthum auf den Erwerber übergehen läßt, wenn die Sache, die aber keine gestohlene oder verlorene sein darf, von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb veräußert und übergeben worden ist[16]). Nur das französische Civilgesetzbuch nimmt, wenigstens dem Wortlaute nach, auf den guten Glauben und auf den Erwerbstitel des Besitzers keine Rücksicht[17]).

Wo aber weder durch Gesetz noch durch Gewohnheit die Regel „Hand muß Hand wahren" aufrecht erhalten worden ist, hat sie gegenwärtig überhaupt keinen Anspruch auf Geltung. Wenn auch ursprünglich ohne Zweifel gemeinen Rechtes, ist sie durch das entgegenstehende Princip des römischen Rechts verdrängt worden. Selbst in dem gemeinen Sachsenrecht hat sie sich nicht erhalten können[18]), und findet, abgesehen von den

---

16) H. G. B. Art. 306. „Wenn Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe veräußert und übergeben worden sind, so erlangt der redliche Erwerber das Eigenthum, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war. Das früher begründete Eigenthum erlischt. Jedes früher begründete Pfandrecht oder sonstige dingliche Recht erlischt, wenn dasselbe dem Erwerber bei der Veräußerung unbekannt war. — Sind Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe verpfändet und übergeben worden, so kann ein früher begründetes Eigenthum, Pfandrecht oder sonstiges dingliches Recht an den Gegenständen zum Nachtheil des redlichen Pfandnehmers oder dessen Rechtsnachfolgers nicht geltend gemacht werden. — Das gesetzliche Pfandrecht des Commissionärs, Spediteurs und Frachtführers steht einem durch Vertrag erworbenen Pfandrechte gleich. — Dieser Artikel findet keine Anwendung, wenn die Gegenstände gestohlen oder verloren waren." Art. 307. „Die Bestimmungen des vorigen Artikels finden bei Papieren auf Inhaber auch dann Anwendung, wenn die Veräußerung oder Verpfändung nicht von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe geschehen ist, und wenn die Papiere gestohlen oder verloren waren." Art. 308. „Durch die beiden vorhergehenden Artikel werden die Landesgesetze nicht berührt, welche für den Besitzer noch günstigere Bestimmungen enthalten." Goldschmidt, in seiner Zeitschrift für Handelsrecht VIII. Nr. 4. IX. Nr. 1.

17) Code civ. Art. 2279. En fait de meubles la possession vaut titre. — Néanmoins celui qui a perdu, ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient. Vgl. Renaud, krit. Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes XVII. S. 137—72. 212—32. Doch beschränkt Goldschmidt, Handbuch I. 2. S. 816. Note 52. die Regel auf den gutgläubigen Besitzer, unter Berufung auf Code civ. Art. 1141. und die französische Jurisprudenz und Praxis.

18) B. Carpzov, jurispr. for. P. II. const. 26. def. 5. Nr. 4—9. Sed valde irrationabilis est hac in re sanctio juris saxonici (Spec. Sax. L. II. art. 60.) — — Quare hac sanctione neglecta observantia fori saxonici aliud introduxit. — Kind, quaest. for. III. cap. 25. — Haubold, Lehrbuch §. 188. Note f. — Sachse, Handbuch des Sachsen-Weimar. Privatrechts §. 287. — Hesse, Hand-

Bestimmungen der neueren Gesetzbücher, nur in dem Recht der Hansestädte und den verwandten Statuten ihre volle Anwendung[19]). Hier hat sich auch die Lehre zu einer reichen Casuistik entfaltet, die aber, weil sie sich nothwendig an die einzelnen statutarischen Bestimmungen anlehnt, für eine principielle Erörterung vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus sich nicht wohl eignet[20]).

In manchen Particularrechten finden sich Bestimmungen, durch welche die Eigenthumsklage aus anderen Gründen ausgeschlossen oder beschränkt wird, z. B. in Folge von Leihhausprivilegien[21]) oder wenn Sachen auf einer öffentlichen Versteigerung oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmanne oder vom Fiscus gekauft sind[22]). Diese allein auf Nützlichkeitsrücksichten beruhenden Vorschriften haben für das gemeine Recht keine Bedeutung. Die Frage dagegen, ob und inwiefern die Eigenthumsklage wegen Papiere auf den Inhaber gegen den dritten Besitzer, der sich im guten Glauben befindet, angestellt werden kann, hängt mit dem besonderen Recht dieser Papiere zusammen und ist später im Zusammenhange mit der betreffenden Lehre zu erörtern.

---

buch des Sachs. Altenb. Privatrechts §. 229. — K. Sächs. Gesetzbuch §. 296—97. — Dagegen gilt die Regel noch nach dem liv=, esth= und curländischen Recht, s. die amtliche Zusammenstellung v. J. 1864. Art. 923—26., und auch in Schleswig=Holstein ist sie, auch abgesehen von den mit Lübischem Recht bewidmeten Städten, nicht ganz außer Uebung gekommen; vgl. Paulsen, Lehrbuch des Privatrechts der Herzogthümer Schleswig und Holstein §. 32. — Ueber die Schweiz s. Bluntschli, Staats= und Rechtsgeschichte von Zürich II. S. 103—5.

19) So kommt in Mecklenburg die Regel nur nach dem Rostocker Stadtr. B. III. Tit. 2. Art. 1. — Tit. 4. Art. 9. zur Anwendung; s. v. Kamptz, Handbuch des Mecklenburg. Civilrechts §. 33. Ueber das Lübische Recht in den russischen Ostseeprovinzen s. v. Bunge, Privatrecht I. §. 137.

20) Einzelne Erörterungen finden sich bei Eichhorn, Einleitung §. 172. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 154. — Gaupp, Zeitschr. für deutsches Recht I. 1. S. 125—33. — Gries, Commentar zum Hamb. Stadtrecht. II. S. 198—217. — Baumeister, Hamburg. Stadtr. I. §. 34—36. — R. O. H. G. XVIII. Nr. 5. und bei den Commentatoren des Lübischen Rechts. Vgl. außerdem Vinc. Rumpf, de rei vindicatione ex jure Rom. et Hamb. Gottg. 1764. — H. G. Heineken, de paroemia juris Germ. Hand muss Hand wahren, inprimis ex jure statut. reip. Bremensis. Gotting. 1823. — C. G. Curtius, de rei vind. jure Lubecensi arctis limitibus circumscripta. Jen. 1794.

21) Steinacker, Braunschweigsches Privatrecht §. 176. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 154. Note 27. Vgl. über das frühere Privilegium der Juden Sächs. Landr. B. III. Art. 7. §. 4.

22) Pr. A. L. R. Th. I. Tit 15. §. 42—44. — Oesterr. Gesetzb. §. 367. s. oben Note 15.

§. 86.

VI. Die Inhaberpapiere.

Unter den Werthpapieren d. h. „den Urkunden über ein Privatrecht (Vermögens- oder Corporationsrecht), dessen Verwerthung durch das Innehaben der Urkunde privatrechtlich bedingt ist“ [1]), nehmen die Inhaberpapiere eine Stellung ein, welche ihre Erörterung im Sachenrecht erfordert.

Die Geschichte der Inhaberpapiere reicht bis ins achte Jahrhundert. Sie finden sich zuerst in Italien und zwar als ein territoriales Rechtsinstitut [2]). Es kommen vier Formen der Inhaberclausel vor: 1. die Exactionsclausel: Tibi aut cui dederis ad exigendum s. tibi aut cui cautum in manum emiseris; 2. die Stellvertretungsclausel: Tibi aut cui hoc scriptum vice tua s. pro parte tua in manu paruerit; 3. die alternative Inhaberclausel: Tibi aut cui hoc scriptum in manu paruerit; 4. die reine Inhaberclausel: Ad hominem apud quem hoc scriptum in manu paruerit.

In den zwei letzten Clauseln könnte die Uebertragung eines selbständigen Rechts auf den Besitzer der Urkunde ausgedrückt sein; doch ist auch ihr Gebrauch wie der der beiden ersten Clauseln auf einen processualischen Zweck zurückzuführen. Es sollte dadurch die im älteren germanischen Rechte noch fehlende Stellvertretung ersetzt werden.

In Deutschland treten die Inhaberpapiere urkundlich erst in der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts auf [2a]). Hier kommen den oben genannten italienischen entsprechend drei Inhaberclauseln vor:

1. Die Stellvertretungsclausel: „oder wer diesen Brief mit ihrem Willen (mit ihrem guten Willen) inne hat“ (ihretwegen inne hat) [3]).

---

[1]) Vgl. Brunner bei Endemann, Handbuch des Handelsrechts II. S. 140 ff.

[2]) Brunner in Goldschmidt's Zeitschrift XXII. Nr. 2. 5. Ders., das französische Werthpapier des Mittelalters (Festschrift für Thöl.). Berlin 1879.

[2a]) Das älteste bekannt gewordene Beispiel bietet eine flandrische Urkunde v. J. 1276. bei Holtius, Abhandlungen (übersetzt von Sutro). Utrecht 1852., S. 208. Ueber das Geschichtliche s. Duncker, Zeitschrift für deutsches Recht V. Nr. 2. — Eigenbrodt, Jahrbücher für die Dogmatik II. Nr. 1. — Platner, Archiv für civ. Praxis XLII. Nr. 7. — F. Hecht, ein Beitrag zur Geschichte der Inhaberpapiere in den Niederlanden. Erlangen 1869. (Vgl. die Anzeige von Laband in Goldschmidt's Zeitschr. XIV. S. 648 ff.) — Binding das. X. Nr. 8. — Stobbe das. XI. Nr. 6. — Gareis das. XXI. Nr. 5. — Brunner das. XXIII. Nr. 5. — v. Poschinger, Beitrag zur Geschichte der Inhaberpapiere in Deutschland. Erlangen 1875. Ueber die Dogmengeschichte s. Kuntze, die Lehre von den Inhaberpapieren S. 94—275 und in Goldschmidt's Zeitschr. II. Nr. 12.

[3]) Brunner a. a. O. S. 227. findet in der ersten Formel die Exactionsclausel; ich kann in ihr nur die Stellvertretungsclausel erkennen.

In diesem Falle bedurfte es noch eines besonderen Auftrags, dessen Beweis durch die s. g. Willebriefe geführt ward[4]).

2. Die alternative Inhaberclausel: „oder wer diesen Brief inne hat, oder dem Behälter (Inhaber) dieses Briefes, vel habenti has litteras.

3. Die reine Inhaberclausel, die schlechthin auf den Briefinhaber gestellt ist.

Es wäre wichtig zu wissen, wann die alternative und reine Inhaberclausel in Deutschland nicht bloß zum Zwecke der Stellvertretung, sondern zur Uebertragung des selbständigen Rechts am Papiere benutzt worden ist. Doch fehlen darüber urkundliche Beweise; nur so viel läßt sich mit Sicherheit annehmen, daß diese Anwendung, welche wohl zuerst bei den Handfesten über Renten, um die sonst nothwendige Auflassung zu vermeiden, vorgekommen ist, regelmäßig stattfand, seitdem durch die Reception des römischen Rechts jene processualische Verkehrsbeschränkung beseitigt war[5]).

Die Inhaberclausel zum Zwecke der Stellvertretung wird gegenwärtig, wenn überhaupt, nur selten angewendet, und ist bei der rechtlichen Erörterung des Instituts nicht weiter zu berücksichtigen.

I. Aus dem Geschäftsleben hervorgegangen und in unzähligen Fällen täglich zur Anwendung gebracht, hat das Institut der Inhaberpapiere, (Papiere auf den Inhaber, au porteur) im Volksrechte die ihm gemäße Normirung gefunden. In dem Gewohnheitsrechte ist das Princip und das Maaß seiner Geltung zu suchen, während die juristische Construction der Lehre Aufgabe der Rechtswissenschaft ist[6]).

II. Je nach der Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses kommen folgende Arten der Inhaberpapiere vor[7]).

---

[4]) Brunner a. a. O. S. 230 ff. gegen Eigenbrodt und Stobbe. Früher habe auch ich eine weitere Bedeutung dieser Clausel angenommen.

[5]) In diesem Sinne respondirte bereits i. J. 1597 die Rostocker Juristenfacultät unter Berufung auf die gemeine Meinung und das Gewohnheitsrecht, s. Kuntze a. a. O. S. 109.

[6]) S. auch Goldschmidt in seiner Zeitschrift XXVIII. S. 66. 68. Die moderne Jurisprudenz ist nur zu oft geneigt, anstatt eine solche Bescheidung zu üben, mit abstrakten Begriffen zu operiren. Unter den zahlreichen Schriften und Abhandlungen der neueren Literatur über diese Lehre sind hervorzuheben: v. Savigny, das Obligationenrecht II. §. 61—70. — Thöl, das Handelsrecht (6. Aufl.) §. 222 ff. — Renaud, Zeitschr. für deutsch. Recht XIV. Nr. 9. — J. E. Kuntze, die Lehre von den Inhaberpapieren. Leipzig 1857. — Bekker, Jahrbuch des gem. Rechts I. Nr. 9. 12. — Gröning, Archiv für civ. Praxis XLIV. Nr. 14. XLV. Nr. 3. — Stobbe, Handbuch III. §. 179—80. — Brunner in Endemann's Handbuch des Handelsrechts II. S. 140—235. (dazu Gierke in Goldschmidt's Zeitschr. XXIX. S. 254 ff.) — Goldschmidt das. XXVIII. Nr. 4.

[7]) Vgl. Kuntze a. a. O. S. 472—525. — Brunner a. a. O. S. 149—54. 201—6.

a) Die Stammactien. Sie begründen das Recht der Theilnahme am Actienverein, und wenn sie auf den Inhaber ausgestellt werden, so ist die Mitgliedschaft in der Corporation an das Papier geknüpft. Eine solche Verflüchtigung des Corporationsrechts ist nur bei der eigenthümlichen Natur und Bestimmung des Actienvereins möglich; denn wo es sich um individuelle Rechtsverhältnisse handelt, ist das Inhaberpapier sonst nicht verwendbar.

b) Inhaberpapiere über dingliche Rechtsverhältnisse. Hierher gehören die landschaftlichen Pfandbriefe, die Rentenbriefe, die Bremer Handfesten.

c) Inhaberpapiere mit nur obligatorischer Wirkung. Es sind qualificirte Schuldverschreibungen über eine bestimmte Geldsumme; Staatsschuldscheine, Prioritätsobligationen, s. g. Pfandbriefe ohne wirkliches Pfandrecht[8]) und überhaupt die von öffentlichen und Privatpersonen in dieser Form ausgestellten, auf ihrem Credit beruhenden Schuldbriefe gehören hierher[9]).

1. So wie die Stammactien ein dauerndes Rechtsverhältniß begründen, so sind auch die genannten Creditpapiere, mögen sie dingliche Wirkung haben oder nicht, meistens von Seiten der Gläubiger unkündbar, so daß die Verwerthung des Papiers nur durch dessen Veräußerung geschehen kann, und das Rechtsverhältniß zwischen dem Berechtigten und dem Aussteller zeigt sich dann außer dem Falle der Einlösung nur in Betreff der Zinsen wirksam. Um nun die Erhebung der Gewinnantheile (Dividenden) und Zinsen zu erleichtern, pflegen über dieselben wieder Dividendenscheine und Zinsscheine (Coupons) auf den Inhaber ausgestellt zu werden, und zwar für Letztere auf eine Reihe von Jahren im Voraus, so wie für spätere Nachlieferung Anweisungen auf deren Empfang (talons). Zinsscheine und Talons bilden bis zum Verfalltage ein Nebenpapier (Zubehörung) des Hauptpapiers, später ein selbständiges Werthpapier[10]).

---

[8]) Brunner a. a. O. 202.

[9]) Ueber die Partialobligationen s. Kuntze a. a. O. S. 474. — Bekker a. a. O. S. 310—14. und über die Stellung desjenigen, welcher die Emission der Anleihe übernommen hat, Erk. des O. A. G. zu Lübeck bei Seuffert X. Nr. 202.

[10]) Gönner, von Staatsschulden I. §. 79. — Souchay, Zeitschr. für Civilrecht V. S. 47—54. — Bender, der Verkehr mit Staatspapieren §. 38. — Schumm, Archiv für civ. Praxis XIII. Beilage-Heft §. 14. — Kuntze a. a. O. 604—15. — Bekker a. a. O. S. 413—15. — v. Gröning a. a. O. S. 70—74. — Brunner a. a. O. S. 203—6. Ueber Dividendenscheine s. R. O. H. G. IX. Nr. 81. XVIII. Nr. 41.; über Zinsscheine das. X. Nr. 45. XXV. Nr. 64. — Seuffert XXXII. Nr. 179. — R. G. V. Nr. 69. über Talons R. O. H. G. X. Nr. 70. — R. G. III. Nr. 44.

2. Zu den Obligationspapieren auf den Inhaber gehören auch die Banknoten, in sofern sie in der Form eines Zahlungsversprechens an den Inhaber ausgestellt werden. Allein da sie unverzinslich sind und wesentlich den Zweck haben, als Zahlungsmittel zu fungiren, so sind sie dem Papiergelde im weiteren Sinne zuzuzählen; s. unten §. 111.

3. Versicherungspolicen. Der Versicherungsvertrag betrifft an und für sich ein individuelles Rechtsverhältniß, und die darüber ausgefertigte Police kann daher nicht auf den Inhaber gestellt werden. Indessen pflegt in der Police deren Inhaber zur Erhebung der Versicherungssumme nach Eintritt der Gefahr ermächtigt zu werden, oder der Versicherer die Prüfung der Legitimation des Inhabers von seinem Belieben abhängig zu machen. Die letztere Einrichtung, welche auch sonst, namentlich bei Sparkassenbüchern vorkommt, bringt die Urkunde in ihrer Wirkung dem Inhaberpapiere nahe, ohne sie zu einem solchen zu machen[11]).

4. Lotterieloose[12]).

5. Marken und Billets des täglichen Transports- und Gesellschaftsverkehrs. Sie sind freilich nicht für den Umsatz bestimmt, indem es dem Aussteller nur gleichgültig ist, wer sie benutzt; aber sie sind doch nicht bloß als Quittungen anzusehen[13]) und können als Inhaberpapiere verwerthet werden[14]).

III. Inhaberpapiere können also über verschiedenartige Rechtsverhältnisse ausgestellt werden, und nicht der Gegenstand, sondern die Form der Ausstellung bestimmt daher den Begriff. Der Umstand aber, daß die obligatorischen Inhaberpapiere besonders häufig vorkommen, ist die Veranlassung geworden, daß die rechtliche Erörterung über Natur und Wesen des Instituts sich hauptsächlich auf diese Art bezogen hat, indem gar nicht oder nur gelegentlich bemerkt wird, daß es auch noch andere Arten giebt[15]). Dies hat der wissenschaftlichen Behandlung des Instituts wesentlich geschadet.

---

11) Vgl. Renaud, kritische Ueberschau V. S. 409. — Kuntze a. a. O. S. 518—25. — K. Sächs. Gesetzbuch §. 1048. — Seuffert XXIX. Nr. 72. Die Formel in den Policen der Seeversicherung: für Rechnung wen es angeht, kommt hier nicht in Betracht, vgl. H. G. B. Art. 785.

12) Kuntze a. a. O. S. 492.

13) Wie Bekker a. a. O. S. 307—9. meint; s. dagegen Max Pappenheim, Begriff und Arten der Papiere auf Inhaber (Inaugural-Dissertation. Berlin 1881.) S. 82 ff.

14) Thöl, Handelsrecht §. 224. Note 1. — Kuntze a. a. O. S. 518. — Unger a. a. O. S. 89. 90. — v. Gröning a. a. O. XLV. S. 93—95. — Brunner a. a. O. S. 206.

15) Auch das K. Sächs. Gesetzbuch bestimmt §. 1039. „Bei Urkunden, welche auf den Inhaber lauten, gilt jeder Inhaber der Urkunde, so lange er sie

a) Als die regelmäßige Form, durch welche das Inhaberpapier als solches bezeichnet wird, erscheint die reine Inhaberclausel.

b) Auch die alternative Inhaberclausel kann noch gebraucht werden. Sie ist jedoch in Deutschland fast ganz außer Uebung gekommen und hat, wenn sie sich findet, die Bedeutung der reinen Inhaberclausel [16]).

c) Durch Gesetz und Gewohnheitsrecht kann Urkunden, denen die Inhaberclausel fehlt, die Geltung als Inhaberpapiere beigelegt werden [17]).

IV. Inhaberpapiere können nur von demjenigen ausgestellt werden, welcher befugt ist, das Recht, auf welches sie lauten, einzuräumen. Sein Wille begründet das Rechtsverhältniß und die Ausfertigung (Creation) der Papiere ist daher ein einseitiger Willensact [18]), und zwar ein Formalact, so daß es bei Forderungspapieren nicht auf die causa debendi ankommt [19]). Aber die Ausfertigung allein genügt noch nicht, um die Urkunde zum Inhaberpapier zu machen, es bedarf dazu noch der Ausgabe (Emission). Bis diese erfolgt ist, bleibt die Ausfertigung Dritten gegenüber ein interner Willensact, wie ein noch nicht abgesandter Brief, eine noch nicht abgesandte Annahmeerklärung auf die Offerte [20]).

V. Die Berechtigung zur Ausstellung von Inhaberpapieren ist nach gemeinem Recht unbeschränkt, und steht nicht allein dem Staate und

---

inne hat, als Berechtigter gegenüber dem durch die Urkunde Verpflichteten". — Aehnlich das Schweizer. Bundesgesetz über das Obligationenrecht Art. 846.

16) Vgl. Brunner a. a. O. S. 197.

17) S. oben Nr. 4. und 5. und R. O. H. G. XXII. S. 55. — Brunner a. a. O. S. 198.

18) Kuntze a. a. O. S. 329—84. — Siegel, das Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 110 ff. 127 ff. — Stobbe, Handbuch III. §. 171. Nr. IV. — Windscheid, Pandecten II. §. 304. Anmerkung 11. 12. — Dernburg, Pr. Civilrecht II. S. 27. — R. O. H. G. XVII. Nr. 36. Andere lassen das Inhaberpapier durch Vertrag begründen, s. Binding in Goldschmidt's Zeitschrift X. Nr. 8. — Goldschmidt das. XXVIII. Nr. 4. — Max Pappenheim a. a. O. S. 8 ff. Das würde jedenfalls nur für die Obligationspapiere gelten können, aber auch für diese ist die Analogie des Orderpapieres und insbesondere des Wechselacceptes zurückzuweisen.

19) So ist zu beschränken R. O. H. G. a. a. O. S. 155., s. Thöl, Handelsrecht §. 225. Note 5. 6.

20) Vgl. Stobbe a. a. O. Note 21. A. M. Dernburg a. a. O. Note 14. — R. O. H. G. S. 154. 160. Hier wird die Annahme, daß die Emission nicht erforderlich sei, in Verbindung gebracht mit der Bestimmung des H. G. B. Art. 307. über gestohlene oder verloren gegangene Inhaberpapiere. Allein diese Ausdehnung der Regel: Hand wahre Hand ist anomalisch und kann nicht als Grund weiterer Ausdehnung dienen. Nicht emittirte Inhaberpapiere haben so wenig rechtliche Kraft wie gefälschte. — Vgl. Brunner a. a. O. S. 167. Note 17.

öffentlichen Corporationen, sondern auch den Privatpersonen zu[21]). Doch kommen sowohl reichsgesetzliche[22]) als particularrechtliche[23]) Beschränkungen vor.

VI. Das Rechtsverhältniß, über welches die Urkunde ausgestellt worden (Corporationsrecht, dingliches Recht, Obligation) ist mit ihr untrennbar verknüpft, in ihr verkörpert[24]). Sie ist nicht blos Entstehungsgrund des Rechtsverhältnisses, sondern auch der Grund seines Bestehens, ein selbständiges Vermögensstück, welches in sich selbst vermöge der Rechte, welche daraus realisirt werden können, einen Tauschwerth enthält, und als Sache nach den Grundsätzen des Sachenrechts zu beurtheilen[25]).

---

21) Dies ist die gemeine Meinung. Gegen die von Souchay, Archiv für civ. Praxis X. S. 134. und v. Savigny, Obligationenrecht I. §. 61—63. 65. vertretene entgegengesetzte Ansicht s. Seuffert VII. S. 262—65. X. S. 116—24. XIII. Nr. 55. XV. Nr. 237. — R. O. H. G. XVII. S. 150 ff. — v. Poschinger, die Lehre von der Befugniß zur Ausstellung von Inhaberpapieren. München 1870. — Unger a. a. O. S. 172—76. — Brunner a. a. O S. 198.

22) Der Wechsel soll den Namen des Remittenten tragen; Actienantheile und Interimsscheine der Actien-Commanditgesellschaft sind nicht auf den Inhaber zu stellen (R. G. vom 18. Juli 1884. Art. 173.), Schuldverschreibungen mit Prämien nur bei Reichs- und Staatsanleihen (R. G. vom 8. Juni 1871.); für Banknoten oder sonstige auf den Inhaber lautende unverzinsliche Schuldverschreibungen ist die unbefugte Privatemission bei Strafe verboten, s. Bankgesetz vom 14. März 1875. §. 55.

23) S. v. Poschinger a. a. O. §. 12—25. — Brunner a. a. O. S. 198—200. Nach dem Preuß. Berggesetze v. 24. Juni 1865. §. 103. sollen Kuxscheine nicht auf den Inhaber gestellt werden, nach dem Preuß. Gesetz v. 17. Juni 1833 (ausgedehnt auf die neuen Provinzen durch V. O. v. 17. Sept. 1867.) und dem K. Sächs. Gesetzbuch §. 1040. Geldpapiere nur mit Genehmigung des Staates. Die letztere Bestimmung will Bekker a. a. O. S. 362—76. generalisiren.

24) Vgl. v. Savigny, Obligationenrecht II. S. 99. §. 66. Dagegen Brunner a. a. O. S. 142. 143.; s. aber Gierke in Goldschmidt's Zeitschrift XXIX. S. 255. Doch ist die Bezeichnung, daß das Rechtsverhältniß in der Urkunde verkörpert ist, nur für die Inhaberpapiere, nicht für die Werthpapiere überhaupt gerechtfertigt.

25) Vgl. Sächs. Gesetzbuch §. 1042. „Inhaberpapiere können Gegenstand des Pfandrechtes, des Nießbrauchs und jeder Art von Forderungen sein, wie andere bewegliche Sachen." — H. G. B. Art. 307. — R. G. IV. S. 139. X. Nr. 9. — Stobbe a. a. O. S. 204. 205. Also eignet sich das von Unger durchgeführte Princip der Literalobligation, welches ja überhaupt nur für Forderungspapiere möglich ist, nicht zur Construction des Instituts. Wenn Bekker dagegen das Papier selbst zur juristischen Person macht — sonst dachte man doch nur an eine Personification des Grundbesitzes —, so erscheint das fast wie ein Act der Verzweiflung. Wenn ferner Brunner a. a. O. S. 108 ff. eine besondere Kategorie von Werthpapieren öffentlichen Glaubens hervorhebt, zu denen er auch die Inhaberpapiere zählt, so wird ein Motiv der Rechtsbildung zum Rechtsprincip erhoben.

VII. Bei der weiteren Entwickelung des Instituts muß man unterscheiden das Recht an dem Papiere und das Recht aus dem Papiere. Das Erstere wird erlangt durch den Erwerb des Besitzes im guten Glauben, welcher das Eigenthum (beziehungsweise das Pfandrecht u. s. w.) an Inhaberpapieren begründet, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war[26]). Mit der Anerkennung dieses Grundsatzes ist die Streitfrage erledigt, ob der Eigenthümer von dem Besitzer im guten Glauben das verloren gegangene Inhaberpapier vindiciren kann. Sie muß verneint werden, und zwar nicht aus Nützlichkeitsrücksichten[27]), welche die Particulargesetzgebung schon früh bestimmt haben[28]), sondern auf Grund der Vorschrift des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs, welches den Nachweis eines gemeinen Gewohnheitsrechts überflüssig macht[29]). Sowie aber die Vindication gegen den Besitzer im bösen Glauben nicht ausgeschlossen ist, so steht dem Eigenthümer gegen denjenigen, dem er das Papier ohne die Absicht der Eigenthumsübertragung oder Verpfändung überlassen, es z. B. ihm geliehen, bei ihm niedergelegt hat, die Contractsklage auf die Rücklieferung wie bei jeder andern Sache zu.

VIII. Die Uebertragung des Rechts am Papier geschieht durch die Uebertragung des letzteren. Der Erwerber wird dadurch befähigt, als Inhaber das Recht aus dem Papiere auszuüben, ohne daß es dabei

---

26) H. G. B. Art. 306. 307. (s. §. 85. Note 16. §. 103. Note 11.) Bei Inhaberpapieren ist die Vindication gegen den Erwerber im guten Glauben auch dann ausgeschlossen, wenn die Veräußerung oder Verpfändung nicht von einem Kaufmann in seinem Handelsbetriebe geschehen ist, und wenn die Papiere gestohlen oder verloren waren. Vgl. überhaupt Goldschmidt, in seiner Zeitschrift für Handelsrecht IX. S. 55 ff. Ueber den Begriff des gutgläubigen Erwerbes als des titulirten Besitzes, der hier vorausgesetzt ist (s. jedoch die beschränkende Bestimmung im H. G. B. Art. 308.), vgl. Bekker a. a. O. S. 226. 380—89. — R. G. VI. Nr. 4. 23.

27) Dieser Gesichtspunkt ist früher für Viele entscheidend gewesen; s. Nebenius, der öffentliche Credit S. 241—42. — Bender, der Verkehr mit Staatspapieren §. 67. 68. — Eichhorn, Einleitung §. 291.

28) Vgl. Kuntze a. a. O. S. 681—89.

29) In der ersten Auflage dieses Werkes III. §. 225. schwankte ich noch, ob ein gemeines Gewohnheitsrecht anzuerkennen sei, nahm aber doch an, daß es jedenfalls in der Bildung begriffen sei, und verwies namentlich auf den Wechsel der Entscheidungen derselben Gerichtshöfe, s. Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern X. S. 69—75. XV. S. 325—30. — Seuffert V. Nr. 4. VI. Nr. 313. VII. Nr. 152. IX. Nr. 206. 331. Recht bezeichnend ist es nun, daß man in Hannover, als das O. A. Gericht zu Celle i. J. 1859. in einem Erkenntnisse die Vindication zuließ, es für nöthig hielt, auf das Schleunigste durch die Gesetzgebung dieser Auffassung entgegenzutreten. Vgl. Seuffert XIII. Nr. 56. und v. Düring, in Goldschmidt's Zeitschr. für Handelsrecht III. S. 545—57.

auf den Grund seines Besitzes ankommt. Der Inhaber ist daher dem Aussteller gegenüber so wie im Processe als der Berechtigte (Actionär, Gläubiger) legitimirt. Dies beruht nicht auf einem anomalischen Rechtssatze, sondern folgt aus dem Wesen der ganzen Einrichtung[30]).

IX. Einreden, welche der Beschaffenheit der Urkunde entnommen sind, muß der Inhaber sich gefallen lassen (sie kleben am Papiere); andere, welche aus der Person eines Vorbesitzers hergeleitet sind, oder sein eigenes Recht am Papiere betreffen, darf der Aussteller ihm nicht opponiren. Gegen beide schützt ihn die Selbständigkeit seines auf dem Besitze beruhenden Anspruchs[31]). Nur im Interesse der Strafrechtspflege wird der Aussteller unter verdächtigen Umständen die Zahlung vorläufig verweigern müssen; im Interesse eines Vorbesitzers ist er nicht dazu befugt, weil er durch dessen Vertretung das dem Inhaber eingeräumte Recht verletzt. Selbst die Einrede der Compensation steht dem Aussteller von Creditpapieren gegen den Inhaber nicht zu[32]); denn wenn auch über die Art, wie er Zahlungen leisten soll, regelmäßig nichts bestimmt ist, so widerspricht doch die Anrechnung einer Gegenforderung, welche nicht einmal wie im Wechselproceß sofort liquide zu sein braucht, dem Zweck der Einrichtung und der Natur des Verkehrs mit diesen Papieren. Der Aussteller ist nicht befugt, den Besitztitel des Inhabers zu prüfen, — ob er Eigenthümer oder Bevollmächtigter ist; auch wird bei der Ungewißheit, wer das Papier zur Einlösung oder Zahlung präsentiren wird, und bei der Leichtigkeit, mit welcher der Eigenthümer das Papier veräußern oder einen Andern als Inhaber für sich substituiren kann, die Einrede überhaupt in dieser Anwendung kaum jemals als praktisch sich bewähren.

X. Particularrechtlich ist die Einrichtung getroffen, daß das Inhaberpapier durch eine gehörig beglaubigte Erklärung des Eigenthümers auf demselben oder durch einen obrigkeitlichen Vermerk festgelegt, „außer Curs gesetzt" werden kann. Es geschieht dies gewöhnlich, um die Gefahr,

---

30) Vgl. Kuntze bei v. Holzschuher, Theorie und Casuistik (3. Aufl.) II. S. 192.

31) Die Nachfolge in den Besitz des Papiers bedingt die Nachfolge in das Rechtsverhältniß und insofern findet, wie Renaud annimmt (s. Note 6.), eine Singularsuccession statt, welche aber nicht blos auf das Obligationsverhältniß zu beziehen ist, und überhaupt nicht das Wesen des Inhaberpapiers bestimmt, sondern nur eine Folge aus demselben ist.

32) Vgl. das Erk. des O. A. Gerichts zu Cassel bei Seuffert III. Nr. 194. — Thöl, Handelsrecht I. §. 229. Note 9. — Gengler, Lehrbuch I. S. 171. Anm. 7. — Bluntschli, deutsches Privatrecht §. 166 a. E. — Bekker a. a. O. S. 398—99. A. M. ist Kuntze, die Lehre von den Inhaberpapieren S. 629—32. — Brunner a. a. O. S. 175. Von der Einrede aus dem Anastasianischen Gesetze kann natürlich gar nicht die Rede sein, s. Kuntze S. 632—41.

welche durch den Verlust des Papiers herbeigeführt wird, zu vermindern, indem eine solche Erklärung die Uebertragung und Realisirung des Papiers schlechthin durch den Inhaber ausschließt. Die Wirkung dieser Erklärung wird dann aufgehoben, wenn das Papier wieder „in Curs gesetzt" wird, wozu es gleichfalls einer entsprechenden Form bedarf[33]). Die ganze Einrichtung gehört ursprünglich dem preußischen Rechtsgebiete an und ist dann im Königreich Sachsen und einigen andern norddeutschen Staaten nachgebildet worden. Auf einem gemeinen Gewohnheitsrechte beruht sie in keinem Falle; sie entspricht aber auch nicht dem Wesen des Instituts der Inhaberpapiere, dessen Consequenz sie durchbricht[34]), und schadet dem öffentlichen Credit, auf welchem dasselbe beruht[35]).

---

[33]) Im Einzelnen weichen die Particularrechte freilich vielfach von einander ab; s. die Nachweise bei Kuntze a. a. O. S. 517—80. — Brunner a. a. O. S. 216—19. — Schon das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 15. §. 48—51. enthält einige Bestimmungen, welche durch die spätere Gesetzgebung theilweise abgeändert sind. Ueber eine ähnliche Einrichtung in Würtemberg, die Einschreibung (Inscription) des Namens des Inhabers bei Staatsschuldscheinen, s. Seuffert XXIV. Nr. 156.

[34]) In der Doctrin sind die Ansichten sehr verschieden. v. Savigny, Obligationenrecht II. S. 185. hält die Außercurssetzung auch durch einen Privatvermerk des Eigenthümers für zuläßig, verlangt aber für die Wieder-Incurssetzung ein gerichtliches Attest auf Grund einer gerichtlichen Untersuchung. Damit stimmen überein Renaud, Zeitschrift für deutsches Recht XIV. S. 364—66., indem er ein Widerspruchsrecht des Ausstellers leugnet, weil dieser kein Interesse an der Abänderung des Inhaberpapiers habe, und Kuntze, Inhaberpapiere S. 568. 577. und Wolff in Goldschmidt's Zeitschrift VII. S. 84. 85., doch äußert Letzterer sich nicht über die Form der Wieder-Incurssetzung. Eben so wenig Bluntschli, (Deutsches Privatrecht (3. Aufl.) §. 165. S. 510), welcher aber die Außercurssetzung nur mit Zustimmung des Schuldners gestattet. Brunner hatte in dem Rechtslexikon von v. Holtzendorff I. S. 581. (1. Aufl.) die gemeinrechtliche Gültigkeit einseitiger Festmachung aus dem Wesen des Instituts der Inhaber verneint, indem er den von mir dagegen angeführten Grund, daß der Inhaber nicht einseitig die Natur des Papiers ändern und dem Aussteller die Legitimationsprüfung auflegen könne, adoptirte. Später (a. a. O. (3. Aufl.) II. S. 368—69.) unterschied er die Wirkung der Festmachung für den Aussteller und Dritten gegenüber; für Ersteren leugnete er sie schlechthin, für Letzere sollte sie in Beziehung auf den Beweis des gutgläubigen Besitzes von Bedeutung sein. Zuletzt (bei Endemann, S. 214 ff.) wird diese Auffassung mit geringen Modificationen wiederholt. — Stobbe, Handbuch III. S. 214. spricht sich unter Berufung auf Renaud und Wolff für die Gemeinrechlichkeit aus, weil die Außercourssetzung niemandes Interesse gefährde, ebenso Gengler, Lehrbuch (3. Aufl.) S. 454. unter Berufung auf Kuntze ohne Motivirung. — Daß nun der Aussteller ein Interesse an der Außercurssetzung hat, durch welche ihm die Prüfung der Legitimation des Besitzers auferlegt wird, liegt auf der Hand, (vgl. Pappenheim a. a. O. S. 60.) und wenn sie ohne seine Zustimmung die Natur des Inhaberpapiers nicht ändert, so sind die etwa damit verknüpften Wirkungen rein zufälliger, secundärer Art. Die Zustimmung des Ausstellers verlangen, heißt auch überhaupt dem ganzen Ver-

XI. Das Recht des Inhabers aus dem Papiere ist in diesem verkörpert und läßt sich nur mit diesem geltend machen: ohne die Besitz-übertragung ist keine Veräußerung, ohne Präsentation keine Realisirung möglich. Wem daher das Papier abhanden gekommen, gestohlen oder sonst verloren gegangen ist, dem ist die Ausübung seines Rechts bis zur Wiedererlangung des Besitzes entzogen, wenn ihm nicht durch ein außerordentliches Verfahren Hülfe gewährt wird. Allein dies ist um so schwieriger, als dabei einerseits das Interesse eines gutgläubigen Inhabers gewahrt werden muß und andererseits der Aussteller gegen die Ansprüche aus dem Papiere überhaupt sicher zu stellen ist. Particularrechte haben zu diesem Behuf die Einrichtung der Edictalladung angewendet und darauf das s. g. Amortisations- oder Mortificationsverfahren gebaut[36]). Gegenwärtig ist dasselbe durch die Bestimmungen der Civil.-Pr.-O. §. 837—849. über das Aufgebotsverfahren gemeinrechtlich geordnet; s. oben §. 54. Nr. VI.[37]).

§. 87.

VII. Von der Erwerbung des Eigenthums.

Für die Lehre von der Erwerbung des Eigenthums kommen im Allgemeinen die Grundsätze des römischen Rechts zur Anwendung: nur das Institut der gerichtlichen Auflassung, welches zum Gegenstande einer besonderen Erörterung zu machen ist, nimmt eine ganz selbständige Stellung ein. Doch finden sich auch in Betreff der andern Erwerbsarten einige Modificationen des römischen Rechts, welche, wenn auch meistens nur von particularrechtlicher Geltung, einer Erwähnung bedürfen.

---

fahren in den allermeisten Fällen jede praktische Bedeutung entziehen, besonders die Wieder-Incurssetzung, welche nach der Ansicht der Meisten nur unter obrigkeitlicher Autorität geschehen kann, ist aber ganz geeignet, bei Rechtssicherheit und den öffentlichen Credit zu gefährden. Es ist daher auffallend, daß das Reichsgericht ohne Angabe von Gründen der entgegengesetzten, „in der Doctrin überwiegend vertretenen Ansicht" über den Privatvermerk der Außercourssetzung „wenigstens was die Wirkung gegen Dritte betrifft" unbedenklich beigetreten ist; s. Entscheidungen IV. S. 140.

35) In Preußen wird daher die Aufhebung der ganzen Einrichtung angestrebt, s. Keyßner bei v. Holtzendorff a. a. O. (3. Aufl.) s. v. Außercurssetzung. Vgl. die Gutachten v. Kerstorf und Löhr, Verhandlungen des 7. deutschen Juristentages S. 128—82.

36) Eine andere Bedeutung der Amortisation, nämlich die allmähliche Tilgung der Schuld durch besondere Einrichtungen, hängt mit dem hier erwähnten Verfahren nicht zusammen.

37) Vgl. Brunner bei Endemann S. 221—28. — Pappenheim a. a. O. S. 61—64. — R. G. V. Nr. 56.

I. Erwerbung des Eigenthums an beweglichen Sachen durch Besitzübertragung. Die Ansicht der älteren Theorie, daß nach römischem Rechte eine symbolische Besitzübertragung möglich sei, kann jetzt als beseitigt angesehen werden; dagegen aber fragt es sich, ob dieselbe nicht nach deutscher Rechtsanschauung, welche sie bei den Grundstücken unzweifelhaft anerkannte, auch bei beweglichen Sachen vorkommen könne. Das ältere deutsche Recht hat jedoch in dieser Beziehung kein allgemeines, dem römischen Recht entgegenstehendes Princip ausgebildet, und wenn ein solches in den neueren Gesetzbüchern aufgestellt wird, so erscheint es als das Ergebniß der zur Zeit ihrer Abfassung herrschenden Theorie [1]). Indessen läßt sich eben so wenig darthun, daß dem Wesen der älteren Besitzlehre die symbolische Uebertragung des Eigenthums an beweglichen Sachen widersprochen habe, da der Geltung des Symbols für diesen Fall kein allgemeiner Rechtsgrundsatz entgegenstand, und wenn daher im heutigen Gewohnheitsrecht einzelne Beispiele einer solchen Uebereignung vorkommen, so spricht sich darin die Autonomie der deutschen Rechtsbildung im Gegensatze zu dem Romanismus aus. Solche Beispiele kommen aber vor: von gemeinrechtlicher Geltung ist der Rechtssatz, daß durch Aushändigung des Conossements und anderer Orderpapiere das Eigenthum der Waare übertragen werden kann [2]); in Particularrechten finden sich aber noch andere verwandte Fälle, z. B. die Uebertragung des Eigenthums an Bäumen durch den Anschlag mit dem Waldhammer [3]).

---

[1]) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 7. §. 61. „Die Uebergabe kann nicht nur körperlich, aus Hand in Hand, sondern auch durch Zeichen (symbolisch) geschehen." — Oesterr. Gesetzbuch §. 427. „Bei solchen beweglichen Sachen aber, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zulassen, wie bei Schuldforderungen, Frachtgütern, bei einem Waarenlager oder einer andern Gesammtsache, gestattet das Gesetz die Uebergabe durch Zeichen; indem der Eigenthümer dem Uebernehmer die Urkunden, wodurch das Eigenthum dargethan wird, oder die Werkzeuge übergiebt, durch die der Uebernehmer in den Stand gesetzt wird, ausschließend den Besitz der Sache zu ergreifen; oder, indem man mit der Sache ein Merkmal verbindet, woraus jedermann deutlich erkennen kann, daß die Sache einem Andern überlassen worden ist." Vgl. Baier. Landr. Th. II. Cap. 3. §. 7. Nr. 6.

[2]) S. unten §. 236. Nr. VII. und über das s. g. Signiren der Kaufmannsgüter das. Note 11.

[3]) v. Nettelbladt, Rechtssprüche des Oberappellationsgerichts zu Parchim I. Nr. 3. Vgl. Seligo, Wilke I. und Rintelen, Entscheidungen des K. Geh. Obertribunals (zu Berlin) N. F. I. S. 201—11., und über das ältere Recht: L. Sal. (Behrend) cap. 27. §. 19. Si quis arborem post annum quod fuit signatus praesumperit, nullam habeat culpam. — L. L. Rotharis cap. 319. Si quis de arbore signato in silva alterius apes tulerit, componat sol. VI. Nam si signatum non fuerit, tunc quicumque invenerit, jure naturale habeat sibi, excepto in gagio regis. cf. cap. 238. 240. 241. 321. — Baier. Landr.

II. Das Finden. Wer eine verlorene Sache findet und sie in seinen Gewahrsam nimmt, wird dadurch zum Geschäftsführer (negotiorum gestor) des Eigenthümers und macht sich durch widerrechtliche Aneignung einer Unterschlagung schuldig[4]), während er andererseits unter bestimmten Voraussetzungen Eigenthümer der Sache werden kann[5]).

a) Schon der Sachsenspiegel und andere Rechtsquellen bestimmen, daß die gefundene Sache außergerichtlich aufgeboten werden soll und daß sie, wenn in der gesetzlichen Frist der Eigenthümer sich nicht meldet, zum Besten der königlichen Gewalt oder der Obrigkeit verfällt, dem Finder aber unter Umständen ein Antheil daran gebührt[6]). Auf dieser Grundlage ist in Landesgesetzen und entsprechenden Gewohnheiten weiter gebaut worden[7]). Anzeigepflicht, polizeiliches Aufgebot, im Fall der Fristversäumung Eigenthumserwerb, direct unter dem Titel der Bemächtigung oder auf Grund des richterlichen Zuschlags oder des Verjährungsbesitzes, daneben Anspruch auf Finderlohn, wenn der Eigenthümer sich rechtzeitig meldet, — das pflegt der Inhalt der particularrechtlichen Bestimmungen zu sein[8]). Dieselben tragen mehr einen polizeilichen als

---

(Heumann p. 75.) „Haut er marchpaum oder pauholtz, die ausgezaichnet sind, man sol im haut und har abschlachen, oder er sol es lösen mit anderthalben pfunt pfenig von dem, dem der schad geschehen ist, und dem gericht halb als vil." cf. Baldus in rubr. T. C. de peric. rei vend. (IV. 48. Si vendidit tibi quasdam trabes pendentes in nemore et tu cum securi signasti eas, istud signaculum habet vim traditionis. Vgl. Dietzel, im Jahrbuch des gem. Rechts IV. S. 272.

4) St. G. B. §. 246. Darunter fällt der s. g. Fundbiebstahl.

5) Vgl. Gans, Beiträge zur Revision der Preußischen Gesetzgebung S. 18 ff. — B. Delbrück, in den Jahrbüchern für die Dogmatik III. Nr. 1. — O. J. Ries, D. de inventione rerum casu amissarum Berol. 1869. — Verhandlungen des 16. deutschen Juristentags, Gutachten von Eck (S. 41—64. 341—42.) und Daube S. 65—116.

6) Sächs. Landr. B. II. Art. 37. „Svat so jeman vind, besaft he's of man dar na vraget, so is et düvech. Svat so en man vind, oder dieven oder roveren afjaget, dat sal he upbieden vor sinen buren unde to der kerken; kumt jene binnen ses weken, deme dat gut tohort, he sal sik darto tien selve dridde, unde gelde die kost die jene dar mede gehat hevet, of it perd oder ve is. Is aver jene von eme anderen gerichte des dat gut is, so behalt he's den dridden deil, die's den dieven oder den roveren afgejaget hevet. Nekumt aber nieman binnen ses weken, die sik dar to tie, so nimt de richtere twene dele, unde jene behalt den dridden deil." — Ueber die Entwickelung dieser Sätze im Sachsenrecht s. Haubold, Lehrbuch §. 182. und überhaupt Stobbe, Handbuch II. S. 640 ff.

7) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 14—73. — Oesterr. Gesetzb. §. 388—94. — Steinacker, Braunschw. Privatrecht §. 177. — Daube a. a. O. S. 68—81.

8) Richterlichen Zuschlag schreibt das Pr. A. L. R. a. a. O. §. 43 ff. vor, das Oesterr. Gesetzbuch §. 392. giebt den Verjährungsbesitz. Das Sächsische Ge-

einen civilrechtlichen Charakter an sich und können auf gemeinrechtliche Geltung keinen Anspruch machen.

b) Nur in Beziehung auf gestrandete oder seetriftige Sachen hat die Reichsgesetzgebung allgemeine Vorschriften erlassen, namentlich in Beziehung auf Bergelohn und Aufgebot. Letzteres erfolgt durch das Strandamt unter dem entsprechenden Präjudiz[9]).

c) Ueber den Schatz kommen manche von dem römischen Rechte abweichende Bestimmungen vor, welche auf die aus Aberglauben oder Betrug vorgenommene Schatzgräberei besondere Rücksicht nehmen[10]).

III. Die Bemächtigung. Die Lehre der älteren Publicisten, daß der Fiscus einen ausschließlichen Anspruch auf die herrenlosen Sachen habe, entsprach in dieser allgemeinen Fassung weder den Grundsätzen des römischen noch des deutschen Rechts und ist auch für die gemeinrechtliche Theorie aufgegeben[11]). Indessen hat sie, wie in früherer Zeit auf die Ausbildung der Lehre von den Regalien, so auch auf die spätere Gesetzgebung entschieden eingewirkt; das gemeine Recht ist jetzt das römische, wenn auch mit Modificationen, die besonders bei dem Thierfang vorkommen, s. unten §. 199. 200.

Das Recht der Jagd und Fischerei in bestimmten Bezirken und Gewässern giebt nicht das Eigenthum an den jagdbaren Thieren und den Fischen, welche sich in denselben aufhalten, sondern nur ein ausschließliches Recht auf deren Bemächtigung; der Thierfang durch unbefugtes Jagen und Fischen ist daher kein Diebstahl, sondern eine strafbare Bemächtigung herrenloser Sachen, welche als eine unerlaubte Handlung nicht dem Thäter, sondern dem Jagdberechtigten das Eigenthum erwirbt[12]).

---

setzbuch §. 239—43. läßt den Finder das Eigenthum der verlorenen Sache erwerben, wenn der Eigenthümer sich nicht rechtzeitig meldet; sonst bekommt er einen Finderlohn, verliert aber jeden Anspruch, wenn er den Fund nicht angezeigt oder bez. ihn verheimlicht hat, indem an seiner Stelle der Staat das Eigenthum erhält. Delbrück legt dem richterlichen Aufgebote die Kraft der Edictalladung bei, auch ohne Strafandrohung, ähnlich Eck a. a. O. S. 57, indem er nach dem Vorgange von Unger, Oesterr. Privatrecht II. S. 281., das Institut des Verschweigens zur Anwendung bringt. Vgl. unten Note 23.

9) Strandungsordnung vom 17. Mai 1874. §. 20—35.

10) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 74—106. — Oesterr. Gesetzbuch §. 395—401.

11) Klüber, öffentliches Recht §. 336—38. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 189. — Eichhorn, Einleitung §. 286. — Haubold, Lehrbuch §. 180. — Sachse, Handbuch des großherzoglich Sächs. Privatrechts §. 275.

12) Nach dem Princip der unfreiwilligen Repräsentation; vgl. Schütze, in dem Jahrbuch des gem. Rechts VI. Nr. 3. — a Bruenneck, D. de dominio ferarum quae illicite capiuntur. Hal. 1862. Derselbe im Archiv für civ. Pr. Bd. 48. Nr. 5. — v. Gerber, System §. 92. Note 3. Dem Wilderer sprechen

Schwärmende Bienen werden nach sächsischem Rechte für herrenlos gehalten, so daß sie von dem Eigenthümer des Ortes, wo sie sich niedergesetzt haben, in Beschlag genommen werden können[13]); andere Rechte geben aber dem früheren Eigenthümer ein Recht der Folge und des Wiedereinfangs, jedoch meistens nur während einer näher bestimmten Frist[14]).

III. Fruchterwerb. Das ältere deutsche Recht behandelt die Erwerbung der Bodenfrüchte nicht als Ausfluß des Eigenthums, sondern sieht sie als den Lohn für die auf die Bestellung im guten Glauben verwandten Kosten und Arbeit an, und läßt den Zeitpunkt der vollendeten Bestellung über den Fruchterwerb entscheiden. Darauf beruht der Begriff des verdienten Gutes, der in seiner weiteren Ausdehnung den Gesammtertrag des Grundstücks umfaßt, mit Einschluß der s. g. bürgerlichen Früchte, welche am Zahltage für erworben gelten[15]). — Für das gemeine Recht sind die

---

das Eigenthum zu Reyscher a. a. O. §. 288. Note 3. und v. Wächter, Sammlung von Abhandlungen I. 6. (Leipzig 1870.) S. 350 ff., dem Grundeigenthümer K. Roth bei Pözl, krit. Vierteljahrsschrift V. S. 512 ff. — Bluntschli, deutsches Privatr. §. 71. Nr. 5. läßt denjenigen, welcher im guten Glauben das erlegte Wild kauft, Eigenthum erwerben.

13) Sächs. Weichbild (v. Thüngen) Art. 82. „Fleuget ein Binenschwarm ausz eines mannes hoffe zu seinem Nachtpauern. der ist in neher zu behalden den jener der im volget wen binen wilde wurme sint." Vgl. Haubold, Lehrbuch §. 362. — Paulsen, Lehrbuch des Privatrechts in den Herzogthümern Schleswig-Holstein §. 48.

14) Schwäb. Landrecht (Wackernagel) Cap. 310. „Unde ist daz bien uz fliegent, unde vallent an einen boum: unde in der man inner drin tagen nach volget: so sol er jenem sagen, des der boum ist, daz er mit im ge, unde im sine bien helfe gewinnen. so sullen sie — — mit axeeren an den boum slahen — — unde mit kolben unde mit stecken, daz man den boum iht versere — swaz der imb her abe vallen, die sint sin: und swaz ir dar ufe belibet, die sint jenes des der boum ist." — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 118—26. — Oesterr. Gesetzbuch §. 384. — Sächs. Gesetzbuch §. 230. Vgl. v. Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen II. S. 107 ff. und über das römische Recht ebendas. VII. Nr. 122. — Elvers, in dem Archiv für prakt. Rechtswissenschaft III. 2. Nr. 3.

15) Sächs. Landr. B. II. Art. 58. §. 1. „Of en man nenen lenerven ne hevet na sime dode, sve sin erve is na lantrechte, die sal nemen sin verdenede gut in deme lene. §. 2. Nu vernemet, wen it verdenet sie. In sente Bartholomeus dage is allerhande tins unde plege verdenet. — — Des mannes sat, die he mit sime pluge wirkt, die is verdenet, als die egede darover gat; unde die garde, als he geseit unde geharket is." — B. II. Art. 46. §. 1. „Sve so wirkt enes anderen mannes land unwetene, oder dat ime en ander gedan hevet, wart he dar umme gescüldeget de wile he't eret (ackert), sin arbeit verlüset he daran, of it jene behalt. Sve't ime aver gedan hevet, die sal ime erstaden sinen scaden. §. 2. Sve so dat land saiet under der klage die verlüset sin arbeit unde sine sat daran. §. 3. Svat so he saiet unverklaget, he behalt die sad unde gift sinen tins jeneme die dat lant behalt. §. 4. Sve besaiet lant enes anderen mannes anderwerve eret, he sal ime

römischen Grundsätze maaßgebend geworden; Particularrechte beruhen jedoch noch auf der älteren Anschauung, welche besonders für die Rechtsverhältnisse zwischen dem Nutznießer und Eigenthümer und bei der Sonderung des Lehens vom Allod, sowie bei der Restitution im Eigenthumsprocesse von Wichtigkeit ist[16]). Auch auf die neuere Gesetzgebung ist jenes ältere Recht nicht ohne Einfluß geblieben[17]).

IV. Recht des Ueberhangs und Ueberfalls. Wenn fremde Bäume in den Luftraum des benachbarten Grundstücks herüber ragen, so können Rechtsverhältnisse besonderer Art entstehen, welche bei uns statt nach römischem Rechte häufig nach gewohnheitsrechtlichen Bestimmungen zu beurtheilen sind. Im Allgemeinen wird dabei das Recht des benachbarten Grundstücks als maaßgebend betrachtet, so daß dem Eigenthümer desselben die herüber ragenden Aeste und Früchte, sowie die über die Grenze ausgebreiteten Wurzeln des fremden Baumes gehören. Im Einzelnen jedoch ist dies sowohl in den älteren Rechtsquellen[18]) als auch in den neueren Gesetzbüchern[19])

---

den scaden gelten uppe recht und sine bute geven." — B. II. Art. 44. §. 2. „Sve aver en gut in geweren hevet, dat ime an erstorven is, oder ime gegeven oder gelegen is, unde he't selve niemanne ne nimt, des ne darf he nicht wedergeven des he dar ut nimt, of ime dat gut afgewunnen wert, de wile he dar af nenes rechtes ne weigeret." — B. III. Art. 76. §. 3—5. Art. 77. Vgl. L. Bajuv. Tit. XVI. cap. 1. §. 2. (Merkel XVI. 1. 2.) — Schwäb. Landr. (Laßberg) Cap. 211. 217—20. — Heimbach, die Lehre von der Frucht S. 270 ff. — Stobbe, Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechts (Braunschweig 1865.) Nr. 4. — Seuffert XXVIII. Nr. 232.

16) Haubold, Lehrbuch §. 163—64. — Sachse, Handbuch des großh. Sächs. Privatr. §. 254. 281. — Brückner, Handbuch des herz. Goth. Privatrechts § 643—45. — Paulsen, Lehrbuch des Privatrechts der Herzogth. Schleswig und Holstein §. 55. Die in dem Erk. des O. A. Gerichts zu Oldenburg (Seuffert XXVI. Nr. 209.) aus dem deutschrechtlichen Princip hergeleitete Folgerung, daß Früchte auf dem Halm vor der Separation schon als selbständige Sachen zu betrachten seyen, ist wenigstens für das gemeine Recht nicht als richtig anzuerkennen.

17) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 275—84.

18) Sächs. Landr. B. II. Art. 52. — Verm. Sachsensp. II. 2, 14. — Kraut, Grundriß §. 77. Nr. 9—16. — Grimm, R. A. S. 550 ff. und Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch. III. S. 348 ff. — Hillebrand, Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 310—22. — Stobbe, Handbuch II. §. 85. Nr. 8.

19) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 287. „Niemand ist die unter seinem Grund und Boden fortlaufenden Wurzeln oder die über seine Gränze herüberhängenden Zweige eines fremden Baumes zu dulden verpflichtet. §. 288. Will er aber selbige weghauen, so muß er das Holz dem Eigenthümer des Baumes ausliefern. §. 289. Duldet er hingegen dieselben, so ist er berechtiget, diejenigen Früchte sich zuzueignen, welche der Eigenthümer nicht einsammeln kann, ohne den Grund des Nachbarn zu berühren. §. 290. Dergleichen Früchte darf der Eigenthümer auch nicht mit Instrumenten herüberlangen, oder durch das Herüberbeugen der Aeste an sich

anerkannte Princip vielfach modificirt und nach Rücksichten der Billigkeit beschränkt[20]).

V. An= und Zuwachs. Hierüber und namentlich über das Eigenthum an der in einem öffentlichen Flusse neu entstandenen Insel ist unten im Wasser= und Deichrecht näher zu handeln.

VI. Die Verjährung. Für die Verjährung kommen im Allgemeinen die Grundsätze des römischen und canonischen Rechts zur Anwendung; doch finden sich noch jetzt Spuren von den abweichenden Instituten des älteren deutschen Rechts.

a) Die Verjährung von Jahr und Tag. Der Tag wird hier zu sechs Wochen und drei Tagen gerechnet[21]); der Ablauf dieser Zeit aber hatte die Wirkung, daß die durch Auflassung, Erbgang oder Richterspruch erlangte Gewere an einem Grundstücke zur rechten Gewere verstärkt wurde[22]). — Wer nicht sogleich Widerspruch erhob gegen die ihm

---

ziehen." — Oesterr. Gesetzbuch §. 422. „Jeder Grundeigenthümer kann die Wurzeln eines fremden Baumes aus seinem Boden reißen, und die über seinem Luftraume hängenden Aeste abschneiden oder sonst benutzen." — Sächs. Gesetzbuch §. 362—63. Wenn die älteren Quellen dies Recht auf die Wurzeln fremder Bäume nicht erwähnen, so geschieht es wohl, weil sie es als sich von selbst verstehend voraussetzen. Vgl. Seuffert XVII. Nr. 7.

[20]) Auf die Billigkeit führt das Rittberger Landrecht §. 36. (Grimm, R. A. S. 550.) den ganzen Rechtssatz zurück, indem es bestimmt: „Der den bösen Tropfen genießet, genießet auch den guten." — Die Ansicht, welche Hillebrand a. a. O. S. 318 ff. vertheidigt, das Recht des Ueberhangs und Ueberfalls sei eine Folge der Gewere am Grundbesitz gewesen, fällt mit dem Princip, auf welchem sie beruhen soll; s. oben §. 55. Note 8. — Ebenso unhaltbar ist die Herleitung des Rechts aus der s. g. Gesammtbürgschaft bei Ed. Prosch, die Rechte der Rechtsregel (Schwerin 1826.) S. 67.

[21]) S. oben §. 51. Note 13—15. Ueber die analoge Anwendung der Rechtsregel auf bewegliche Sachen, die im guten Glauben erworben sind, s. Sächs. Landr. B. I. Art. 28. — Albrecht, die Gewere §. 14. — Haubold, Lehrbuch §. 185. Note 6. — Kraut, Grundriß §. 80. Nr. 61—67.

[22]) S. oben §. 78. Note 17. In Statutarrechten kommt diese Verjährung noch vor, s. Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 7. „Nach Ausgang Jahrs und Tags kann niemandt verkauffte, verlassene und in der Stadt Buch zugeschriebene Erbe anfechten, es sey dann, daß er durch rechtmäßige Ursache ausheimisch gewesen: So hat er billig von Zeit der Wissenschaft noch Jahr und Tag zu genießen." Th. I. Tit. 30. Art. 3. — Th. III. Tit. 3. Art. 18. — Rev. Lüb. Recht. B. III. Tit. 6. Art. 3. — B. I. Tit. 8. Art. 2. Vgl. Baumeister, Hamburg. Stadtr. I. §. 11. Auch die Stat. Stadens ai. 1279. (Pufendorf, observatt. jur. l. app. Nr. VI.) haben eine ähnliche Bestimmung, welche aber in einem Erk. des O. A. Gerichts zu Celle (Seuffert IX. Nr. 12.) nicht auf die Ausschließung der nach Jahr und Tag erhobenen Pfandklage bezogen ward, — „in Anbetracht, daß das Institut des Hypothekenwesens dem deutschen Rechte gänzlich fremd ist." Die Richtigkeit dieses Entscheidungsgrundes ist aber doch zu bestreiten.

nachtheilige Handlung, welche in seiner Gegenwart vorgenommen war, oder im Fall seiner Abwesenheit binnen der gesetzlich festgestellten Frist, verlor sein Recht, hatte sich verschwiegen, ohne daß eine besondere Strafandrohung erforderlich war. Aus der Verjährung von Jahr und Tag und ähnlichen Einrichtungen des älteren Rechts hat man neuerdings ein besonderes Institut der Verschweigung gebildet und zwar mit gemeinrechtlicher Wirkung, ja dasselbe analog ausgedehnt[23]). Allein auch nach dem älteren Rechte gilt es nur in den durch Gesetz oder Gewohnheit festgestellten Fällen, außerdem kommt die Lehre vom stillschweigenden Verzicht zur Anwendung.

b) Die Verjährung des Sachsenspiegels von einunddreißig Jahren sechs Wochen und drei Tagen gilt noch im Sachsenrecht als Adquisitivverjährung[24]).

§. 88.

VIII. Von der Erwerbung des Eigenthums (Fortsetzung).

Die gerichtliche Auflassung.

Von ältester Zeit her galt bei den Deutschen der Grundsatz, daß das Eigenthum und überhaupt ein dingliches Recht an einem Grundstücke nur durch eine feierliche öffentliche Handlung gültig übertragen oder bestellt werden könne. Ursprünglich bedurfte es dazu nur der Ziehung freier Zeugen[1]); allein noch vor der Zeit der Rechtsbücher bildete sich die allgemeine Regel aus, daß die feierliche Handlung, um den beabsichtigten Erfolg zu haben, vor dem Gerichte der belegenen Sache, in

---

[23]) Vgl. Platner, über die historische Entwickelung des Systems und des Charakters des deutschen Rechts. 1. Band (Marburg 1852.) S. 216—34. Während hier die Verschweigung nur bei dinglichen Ansprüchen, namentlich auf Grundstücke angewendet wird, hat Unger, österr. Privatrecht II. S. 278 ff., dem sich Eck (s. oben Note 8.) anschließt, dieselbe als ein allgemeines, neben der Verjährung hergehendes Institut aufgefaßt Die analoge Anwendung wird aber, auch wenn jene Ansicht begründet wäre, nicht gerechtfertigt sein.

[24]) Sächs. Landr. B. I. Art. 29. „An egene unde an huven mach sik die sasse versvigen binnen drittich jaren unde jar unde dage unde er nicht. Dat rike unde de svavee ne mogen sik nümmer versvigen an irme erve de wile se't getugen mogen." Vgl. Haubold, Lehrbuch §. 185. — Sachse, Handbuch des Großherz. Sächs. Privatrechts §. 280. — Brückner, Handbuch des H. Sachsen-Gothaischen Privatrechts §. 1092—93. — Hesse, Handbuch des Sachsen-Altenb. Privatrechts §. 225. Das K. Sächs. Gesetzbuch §. 260—61. folgt für bewegliche Sachen dem gemeinen Rechte, bestimmt aber in Folge des dort geltenden Grundbuchrechts §. 279: „Eigenthum an Grundstücken kann nicht durch Ersitzung erworben werden."

[1]) Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. S. 38—44. — Sandhaas, germanist. Abhandlungen S. 22 ff.

Beziehung auf freies Eigen also im Echteding vorgenommen werden müsse [2]). Darauf beruht das Institut der gerichtlichen Auflassung (Verlassung, resignatio judicialis, im Lehenrecht: Lehnung, investitura), welches, wenn auch seine formelle Ausprägung im Wechsel der Zeiten und bei den einzelnen Volksstämmen verschieden war, in seltener Consequenz durchgeführt worden ist, und bis zur Aufnahme der fremden Rechtsquellen das Recht des Grundbesitzes beherrscht hat. Auch später noch ist es in Landesrechten und Statuten geltend geblieben, und wo es verdrängt oder verdunkelt war, hat die moderne Gesetzgebung zur gründlichen Reform des Realcredits an dasselbe wieder anknüpfen müssen.

In den älteren Rechtsquellen werden bei der Uebereignung der Grundstücke zwei Rechtsacte erwähnt: die traditio (Sala, Salunga, vom gothischen saljan, tradere), mit deren Vollziehung das Eigenthum übertragen ward, und die vestitura (Geweri, Gewerida), welche die Folge der Rechtsübertragung war und die thatsächliche Herrschaft auf dem Grundstücke sicherte [3]). Diese Bedeutung der Sala, welche symbolisch vollzogen ward, ergiebt sich, abgesehen von zahlreichen Urkunden, aus Bestimmungen der Volksrechte [4]) und eines fränkischen Capitulars, dessen

---

[2]) Sächs. Landr. B. I. Art. 52. §. 1. „Ane — echte ding ne mut nieman sin egen geven." — Kraut, Grundriß §. 78. Nr. 38—47. — In den Städten, in welchen der Rath die Gerichtsbarkeit ausübte, wie in Lübeck nach Erwerbung der Vogtei, geschah vor diesem die Auflassung; darnach ist Verm. Sachsensp. I. 45, 1. zu erklären. — Die Frage, ob die Auflassung zur Zeit der Rechtsbücher nothwendig eine gerichtliche gewesen, ist in neuerer Zeit lebhaft erörtert und auch für das Sachsenrecht verneint worden von P. Bülowius, D. Utrum ad dominium rerum immobilium transferendum secundum jus Saxonicum medii aevi resignatione solemni in judicio facta opus fuerit nec ne. Regiom. 1870. Auch Stobbe bei Jhering, Jahrbücher XII. S. 165 ff. ist dieser Ansicht im Wesentlichen beigetreten. Ich habe die Frage von Neuem untersucht, bin aber zu dem entgegengesetzten Resultate gelangt und in meiner früheren Ansicht nur bestärkt worden. Schwankungen einer Uebergangsperiode können sich freilich noch längere Zeit bemerklich machen und einzelne Abweichungen von einem herrschenden Rechtsprincip werden sich in dem krausen, so manchen zufälligen Einwirkungen ausgesetzten Rechtswesen des späteren Mittelalters unschwer auffinden lassen. Aber die positiven Quellenzeugnisse für die maaßgebende Regel auch außerhalb des Sachsenrechts sind überzeugend. Vgl. Sohm, Zeitschr. der Savigny-Stiftung. Germanist. Abth. I. S. 41 ff.

[3]) J. Grimm R. A. S. 554—57. — Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. §. 4. — Stobbe, Jahrbücher für die Dogmatik XII. S. 140 ff. Eine andere Ansicht, welche von Albrecht, Gewere S. 65 ff. aufgestellt und später namentlich von Sandhaas, germanist. Abhandlungen S. 52 ff. vertreten ward, läßt die Uebereignung erst mit der Vestitur perfect werden.

[4]) L. Sal. tit. XLVI. — L. Rib. tit. I. 59. 60, 1. und dazu Sohm in seiner Ausgabe M. G. LL. tom. V. fasc. II. p. 248.

althochdeutsche Uebersetzung die Terminologie feststellt[5]); sie wird bestätigt durch das Institut der Salamannen und überhaupt durch die Stellung der Vergabung von Todes wegen im Rechtssystem[6]). Neuerdings ist jedoch eine andere Ansicht aufgestellt worden: die traditio (Sala) ist das Veräußerungsgeschäft, die Vestitur der Uebereignungsact[7]).

---

[5]) Capit. ai 817. (s. oben §. 78. Note 1.) cap. 6. Si quis res suas pro salute animae suae vel ad aliquem venerabilem locum vel proquinquo suo vel cuilibet alteri tradere voluerit, et eo tempore intra ipsum comitatum fuerit in quo res illae positae sunt, legitimam traditionem (vuizzetahtia sala) facere studeat. Quodsi eodem tempore quo illas tradere (sellan) vult extra eundem comitatem fuerit — — adhibeat sibi vel de suis pagensibus vel de aliis qui eadem lege vivunt qua ipse vivit testes idoneos, vel si illos habere non potuerit, tum de aliis quales ibi meliores inveniri possint, et coram eis rerum suarum traditionem faciat (salunga gedue) et fideiussores vestiturae (burigun theru geuueri) donet, qui ei qui illam traditionem accipit vestituram faciat. Et postquam haec traditio ita facta fuerit, heres illius nullam de praedictis rebus valeat facere repetitionem; insuper et ipse per se fideuissionem faciat eiusdem vestiturae, ne heredi ulla occasio remaneat hanc traditionem immutandi, sed potins necessitas incumbat illam perficiendi. Die Sala in der Grafschaft und außerhalb derselben unterscheidet sich also dadurch, daß bei letzterer Verbürgen bestellt werden müssen. Nach Brunner, zur Rechtsgeschichte der römischen und germ. Urkunde S. 277. ist die legitima traditio die Auflassung in der Grafschaft, welche die nach seiner Ansicht ursprünglich allein geltende Eigenthumsübertragung durch Vestitur ersetzt hatte; außerhalb der Grafschaft habe das Capitulare zu dem älteren Rechte zurückgegriffen. Das würde aber doch nur zutreffend sein, wenn schon in der Karolingischen Zeit die Auflassung nothwendig eine gerichtliche gewesen wäre; auch dann aber hätte die auch sonst oft vorkommende Wiederholung des Geschäfts das richtige Mittel geboten, welches doch näher lag, als das Zurückgreifen auf eine veraltete Einrichtung.

[6]) Die Bedeutung der Vergabung von Todes wegen für die Geschichte der Auflassung sucht Heusler, Gewere S. 470—86. dadurch zu entkräften, daß er jenes Geschäft für widerruflich erklärt. Seine Gründe sind 1) daß oft Erneuerungen der Vergabungen vorkommen. Allein abgesehen davon, daß die Wiederholung der Auflassung auch sonst aus verschiedenen Gründen sich findet, kommt in Betracht, daß die Erneuerung der Vergabung das an sich widerrufliche Geschäft doch nicht bindend machen konnte. 2) Daß der Widerruf der Vergabung oft ausdrücklich vorbehalten wurde. Aber das beweist ja gerade, daß das Geschäft an sich unwiderruflich war. Vgl. Brunner a. a. O. S. 266 ff. Die daselbst S. 296 sich findende Bemerkung über den salfränkischen Salmann und die sessio triduana bei den Vergabungen bezweckt wohl nicht, die Bedeutung dieses Geschäftes für die hier erörterte Lehre überhaupt in Zweifel zu ziehen.

[7]) Die Ansicht ist zuerst ausgesprochen von Heusler a. a. O. S. 27. 163., welcher jedoch keine weitere Folgerungen daraus gezogen hat, da ja der Unterschied des binglichen und persönlichen Rechts für das altdeutsche Rechtssystem von ihm geleugnet wird, a. a. O. S. 28. Dann hat Sohm, das Recht der Eheschließung S. 80—86., um für seine Auffassung der Verlobung und Trauung eine Analogie

Nun ist es freilich schwer, in dieser Lehre zu einem ganz sicheren Ergebniß zu gelangen, denn neben der in den Quellen hervortretenden Unsicherheit der Terminologie[8]) kommt noch in Betracht, daß auch die Anwendung der Symbole, wenigstens nach den Aufzeichnungen in den Urkunden zu schließen, nicht ganz feststand. Die Uebereignung hat zwei Momente in sich, das Aufgeben und das Empfangen, und für beide gab es besondere Förmlichkeiten; bei der Wahl der Symbole scheint man aber nicht eben sorgfältig verfahren zu sein. Dann wird die Untersuchung auch dadurch erschwert, daß nicht blos bei der Sala, sondern auch bei der Vestitur, welche ihrer Bestimmung nach von einer gewissen Feierlichkeit und Oeffentlichkeit umgeben war, Symbole vorkamen[9]). Was nun die von Sohm und Brunner für ihre Ansicht vorgebrachten Gründe betrifft, so sind sie nicht überzeugend. Es wäre ja doch auch merkwürdig, wenn die Veräußerungsverträge, als welche Kauf, Tausch und Vergabung bestimmt unterschieden wurden, stets als traditio bezeichnet worden wären, während die lex Ribuaria schon von einem testamentum venditionis spricht. Ueberhaupt wird aber die Controverse fast zum Wortstreit, wenn man erwägt, daß auch die Gegenseite die Uebereignung durch symbolische Auflassung schon in der Lex Ribuaria zugesteht und sie als die vor Ende des 9. Jahrhunderts allein gültige Geschäftsform anerkennt. Es handelt sich also nur um die Frage, ob nicht ursprünglich Sala und Vestitur zusammenfielen oder die letztere auf dem Grundstücke den Uebereignungsact darstellte, und um diese Frage sicher zu beantworten, würden Nachrichten aus der Zeit, wo das Sondereigen sich zuerst in der germanischen Welt

---

im Sachenrecht zu gewinnen, behauptet, die Sala habe unvollkommenes Eigenthum gegeben, die Vestitur die Uebertragung erst vollendet. Diese Formulirung ist später, Geschichte der Auflassung (Festgaben für Thöl. Separatabdruck, 1879.) S. 18. von Sohm aufgegeben: der Vertragsschluß (die Sala) ist der Grund des Eigenthumserwerbes, die Vestitur bezeichnet den Moment desselben — ist also der entscheidende Rechtsact. Vgl. Zeitschr. der Savigny-Stiftung. Germ. Abth. I S. 27 ff. Ebenso Brunner, Geschichte der Urkunde S. 124., der jedoch S. 279. Note 1. hinzufügt, man dürfe sich die Sala nicht etwa als obligatorischen Vertrag vorstellen, sondern als ein Veräußerungsgeschäft, welches den Uebereignungswillen des Veräußerers sammt der zu Grunde liegenden causa zum Ausdruck bringe. Allein stärker, als im obligatorischen Veräußerungsvertrag, kann doch der Veräußerungswille nicht ausgedrückt werden.

8) Vgl. Heusler a. a. O. S. 19. — Sohm, Auflassung S. 16. Note 25. — Brunner a. a. O. S. 216.

9) Daß das Symbol, wie Sohm meint, bei der Vestitur, welche auf dem Grundstücke selbst vor sich ging, nothwendig gewesen, ist wohl nicht richtig. Die Ausdrücke: exire und inire, circumire, circumducere weisen nicht darauf hin.

eingebürgert hatte, vorliegen müssen[10]). Jedenfalls wird man gut thun, die Klarheit der Erörterung nicht durch eine neuerfundene Terminologie zu trüben[11]).

Im späteren Mittelalter lebte die Sala in der Form der gerichtlichen Auflassung fort und ihr folgte die Einweisung in den Besitz, welche von Gerichts wegen und zwar nach sächsischem Rechte in Verbindung mit dem Friedewirken vollzogen ward[12]). Ueber die Auflassung pflegten früh Urkunden aufgenommen zu werden[13]), im späteren Mittelalter fing man an, solche Aufzeichnungen mit den öffentlichen Büchern, welche an vielen Orten über ländliche und städtische Grundstücke geführt wurden[14]), in Verbindung zu bringen, und bildete namentlich in den hanseatischen Stadtrechten das Princip aus: daß die volle Wirkung des Geschäftes erst dann eintrete, wenn zu der Auflassung die Eintragung in das Stadtbuch hinzugekommen sei[15]).

---

10) Sohm a. a. O. S. 21. 32. — Brunner a. a. O. S. 278. Wenn es das. S. 264. heißt: „Einer naiven ursprünglichen Auffassung lag es am Nächsten, die Erdscholle als die res zu bezeichnen, der sie entnommen wurde, das totum pro parte zu setzen, das Theilstückchen mit dem Namen des Ganzen zu nennen, das jenes rechtlich vorstellen sollte." — so enthalten diese Worte ein starkes Argument für die Kraft der symbolischen Sala. Vgl. Lehre von den Erbvertr. I. S. 22.

11) Ich meine die von Sohm zuerst angewandten Ausdrücke: reale Investitur und symbolische Investitur, statt der allgemein üblichen: Auflassung und Einweisung. Abgesehen davon, daß jene Ausdrücke unschön sind, und Investitur für Vestitur erst in späteren Quellen und zwar im Sinne der Auflassung gebraucht wird, sind sie nicht correct, da auch die s. g. reale Investitur häufig eine symbolische war. Vgl. Stobbe, Handbuch III. S. 186. Note 7.

12) Sächs. Landr. B. III. Art. 82. §. 2. — Sächs. Weichbild Art. 20. — Goslar. Statuten (Göschen) S. 14. Z. 12. S. 26. Z. 17. — Albrecht, Gewere S. 67. — Stobbe, Jahrbücher für Dogmatik XII. S. 201 ff. Die spätere sächsische Praxis ließ übrigens das Friedewirken auf der Were wieder fallen, s. B. Carpzow. resp. iur. elect. I. 102. Nr. 13.

13) Ueber den Unterschied des carta und notitia und überhaupt über das älteste Urkundenwesen sind die abschließenden Untersuchungen von Brunner zu vergleichen, insbesondere Festschriften für Mommsen 1877. Wenn in der Geschichte der Urkunde S. 249. bemerkt wird, daß bei den Baiern carta und notitia nicht streng gesondert waren, so erklärt sich dies vielleicht aus dem Bestreben, über das Veräußerungsgeschäft und die Auflassung Eine Urkunde auszustellen, — ähnlich wie der spätere Lehenbrief auch den Lehenvertrag als lex investiturae enthielt.

14) Namentlich die Grundbücher (Saal-, Lager- und Steuerbücher) kommen hier in Betracht, s. U. Zasius, respons. et consil. I. 1. in f. — Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch. IV. §. 547. — Winiwarter, das österr. bürgerliche Recht II. §. 122. — Renaud, Lehrbuch I. §. 258. — Stobbe, Handbuch I. §. 67. und die oben §. 77. Note 15. angeführten Schriftsteller.

15) Hamburg. Statuten v. 1270. (Lappenberg) I. Art. 6. „So we syn erve vorkoft, de schal id deme anderen uplaten vor dem rade up deme hus — — unde me schal id ock in der stad erve bock scryven laten." Vgl. Stadtr. von

Indessen wurde das ganze Institut durch die Aufnahme des römischen Rechts und die dadurch bewirkte Umgestaltung des Gerichtswesens von Grund aus erschüttert. Dasselbe war, abgesehen von dem Lehenrechte, für welches es seine selbständige Bedeutung behauptete, der italienischen Jurisprudenz fremd geblieben, und vereinzelte Aeußerungen des canonischen Rechts über die germanische Einrichtung[16]) konnten die Romanisten, auch wenn sie ihnen ganz verständlich gewesen wären, nicht bestimmen, ein so anomales Institut in Deutschland aufrecht zu erhalten. Erst im siebenzehnten Jahrhundert erkannten einzelne hervorragende Juristen die Bedeutung der Auflassung und wußten in einem beschränkten Kreise des particularen Rechts ihre Geltung zu bewahren[17]); aber in der gemeinrechtlichen Theorie wurde sie lange Zeit entweder ganz ignorirt oder durch römischrechtliche Analogien verunstaltet, welche dann wieder auf die particulare Rechtsbildung zurückwirkten. Dabei ist jedoch zu unterscheiden zwischen der Auflassung zu Eigenthum und derjenigen, durch welche einzelne dingliche Rechte, namentlich Pfandrechte bestellt wurden. Für diese letzteren war die Oeffentlichkeit der Bestellung von nicht geringerer Bedeutung, wie für das Eigenthum; indem die Auflassung nach den Principien des deutschen Rechts auf dieselben zur Anwendung gebracht wurde, erfreute man sich eines wohl begründeten Realcredits, der durch die Anlegung besonderer Rentebücher neben den Stadt-Erbebüchern noch mehr befestigt ward. Wie sich dieser Einrichtung gegenüber das römische Hypothekensystem geltend gemacht hat, wird

---

1605. Th. II. Tit. 8. Art. 6. 7. — Rev. Lüb. Recht B. III. Tit 6. Art. 2. „Wann einer liegende Gründe, stehende Erbe, auch Rente verkaufft, die sollen dem käuffer für den sitzenden Rathe verlassen werden. Stürbe aber der Verkäuffer, ehe die Verlassung in der Stadt Erb-Buch geschrieben würde, so sollen doch nichts destoweniger desselben Erben dem Käuffer nochmals verlassen und zu Buch bringen lassen." — Bremer Statuten v. 1433. Ord. 43. 59. — Matth. Clasen, erste Gründe der kölnischen Schreinspraxis. Köln 1782. 4. — K. Reck, Hannov. Zeitung v. 1834. Nr. 271 ff. — Baumeister, Hamburg. Stadtr. I. §. 19. 20. — Lucht, das Kieler Stadtbuch. Kiel 1842. — Hamburger Resignationenbuch von 1248—74., herausgegeben und erläutert von Reimarus, in der Zeitschrift des Vereins für Hamburg. Geschichte Band I. — Ueber das älteste Stadtbuch von St. Gallen, welches Raths- und Gerichtsprotokolle, Pfandsetzungen, städtische Statute u. s. w. enthält, s. G. Scherer, St. Gallische Handschriften (St. Gallen 1859.) S. 40 ff. und überhaupt Hüllmann, Geschichte des Ständewesens. 2. Aufl. S. 511 ff. — Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte I. S. 5 ff. — Auer, Stadtrecht von München p. CLII. — Homeyer, die Stadtbücher des Mittelalters, insbesondere das Stadtbuch von Quedlinburg. Berlin 1860. 4.

[16]) c. 2. X. de consuet. (I. 4.)

[17]) B. Carpzov, opus decis. II. 127. — Responsa jur. elect. I. 102. V. 140. 141. — D. Mevius. comm. ad. jus. lub. lib. III. tit. 6. art. 1. 2.

unten bei der Darstellung des Pfandrechts näher zu erörtern sein; in Betreff der Auflassung zu Eigenthum war namentlich der Irrthum sehr folgenreich, daß man den Act der Eigenthumsübertragung mit dem voraufgehenden Veräußerungsvertrage verwechselte, und auf die Form des letzteren die Gerichtsöffentlichkeit, welche man in der Auflassung erkannt hatte, übertrug, oder falls sie auch für den Vertrag nothwendig war, sich mit dessen gerichtlicher Vollziehung begnügte. Dadurch verlor die Sache ihre eigentliche Bedeutung, und die Analogie der Anmeldung einer großen Schenkung bot sich von selbst als das leitende Princip dar, ohne daß man nur immer auch diese Form als eine wesentliche aufgefaßt hätte[18]). So treten bis zu den tiefer greifenden Reformen der neueren Gesetzgebung auf dem Gebiete, welches früher die Auflassung vollständig beherrscht hatte, folgende Einrichtungen hervor.

a) Das Wesentliche der Auflassung: die Uebertragung des Eigenthums vor dem Gerichte der belegenen Sache ist geblieben. Doch genügt diese feierliche Handlung in der Regel nicht mehr zur Vollziehung des Geschäftes, als dessen wesentliche Ergänzung die Eintragung in die öffentlichen Bücher sich allgemein ausbildet. So in den hanseatischen Stadtrechten (s. oben Note 15.), und nach dem Sachsenrechte, welches auch für Allodialgüter eine Lehenauflassung annahm und derselben die Lehenreichung folgen ließ, sie aber in der Wirkung beschränkte durch den von ihr unabhängigen Verjährungsbesitz mit der publicianischen Klage (das natürliche Eigenthum im Gegensatze zu dem durch die Auflassung begründeten bürgerlichen)[19]). — Außerdem findet sich die Auflassung noch in einzelnen Rechten, namentlich der norddeutschen Städte[20]).

---

[18]) Besonders lehrreich sind die Verhandlungen über die betreffenden Bestimmungen der württembergischen Landrechtsgesetzgebung: s. Wächter, Handbuch I. §. 43. 68. Vgl. Frantzke, varior. resolutt. II. 12.

[19]) Chursächs. Decisionen v. 1661. Dec. 61. — v. 1746. Dec. 1. — Haubold, Lehrbuch §. 186—87. — Sachse, Handbuch des großherz. sächsischen Privatrechts §. 284 ff. — Für das heutige Recht im Königreich Sachsen ist das Bürgerl. Gesetzbuch §. 276—80. maaßgebend; s. unten Note 33.

[20]) Ueber die mecklenburgischen Städte s. Beseler, Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 109 ff.; über die hannoverschen Leonhardt, zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigenthume (Hannover 1843.) Nr. I. S. 41—50. 57; über die braunschweigischen Steinacker, particulares Privatrecht §. 178. Ueber die Auflassung in Schleswig-Holstein s. Paulsen, Lehrbuch §. 58; in Nassau Flach, Entscheidungen I. S. 22—25. vgl. Seuffert I. Nr. 174. und in München Auer, a. a. O. p. CLIII. — In Frankfurt ist die in der Reformation Th II. Tit. 3. I. 7. vorgeschriebene Auflassung zu einer bedeutungslosen Förmlichkeit herunter gesunken, s. Souchay, Anmerkungen I. S. 101—11. 132. und überhaupt Stobbe a. a. O. S. 211 ff.

b) Der Veräußerungsvertrag muß bei dem Gerichte der belegenen Sache angemeldet werden, und zwar regelmäßig zum Zweck der Eintragung in das Gerichtsbuch[21]). Die Wirkung dieser Form ist aber nach den verschiedenen Particularrechten, in denen sie vorgeschrieben ist, sehr verschieden. Nach churhessischem Rechte wird durch die gerichtliche Confirmation des Veräußerungsvertrags Eigenthum übertragen, so daß dieselbe, freilich in wenig geeigneter Weise, an die Stelle der Auflassung getreten ist[22]); andere Gesetzgebungen lassen dagegen nur die Gültigkeit des Vertrags und auch diese nicht einmal unbedingt davon abhangen[23]), oder behandeln die Anmeldung als eine nicht wesentliche Förmlichkeit, deren Unterlassung eine Geldstrafe zur Folge hat[24]). Je nach der gesetzlichen Bedeutung der Anmeldung, die zuweilen nur im Interesse einer polizeilichen Beaufsichtigung, namentlich in Betreff des Steuerwesens, vorgeschrieben ist, erscheint auch die Thätigkeit des zuständigen Gerichts hinsichtlich der Voruntersuchung und der Bestätigung als eine verschiedene, und sogar die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts der belegenen Sache ist nicht immer consequent festgehalten worden. Ueberhaupt hat die Unklarheit der älteren particularrechtlichen Bestimmungen über diese Punkte zu manchen Streitfragen und Bedenken Anlaß gegeben[25]).

---

21) Das Hannov. Gesetz v. 16. Dec. 1843. (Grefe, Leitfaden (2. Aufl.) II. Beil. 2.) schreibt nicht einmal die Eintragung vor, und läßt sich sogar mit der Vollziehung der Urkunde vor Notar und Zeugen genügen, indem nur die Oeffentlichkeit derselben und die Einsendung an das Gericht der belegenen Sache vorgeschrieben ist.

22) Churhess. Verordnung v. 17. Juni 1828. §. 4. — Pfeiffer, pract. Ausführungen I. Nr. 13. — Strippelmann, neue Sammlung II. S. 212 ff.

23) Churpfälz. Landrecht Th. II. Tit. 7. — Nach dem älteren württembergischen Landrecht war der nicht angemeldete Vertrag unbedingt nichtig; s. Wächter a. a. O. §. 43. — Auch die Braunschweig-Lüneburgische Verordnung vom 6. Oct. 1712. (Corp. Const. Calenb. II. p. 633. — Kraut, Grundriß (4. Aufl.) §. 98. Note 11.) hebt die nicht angemeldete Veräußerung auf und bedroht die Betheiligten mit Strafe. Vgl. unten §. 102. Note 8.

24) Württemb. Landr. Th. II. Tit. 13. — Hannov. Gesetz v. 16. Dec. 1843. §. 5. — Das Solms. Landrecht Tit. XI. §. 4. schweigt ganz über die wegen nicht geschehener Anmeldung eintretenden Rechtsnachtheile.

25) v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen IV. Nr. 83. — Grefe, Hannovers Recht II. §. 37. 38. — Pfeiffer, pract. Ausführungen I. Nr. 13. — Leonhardt, über die Rechtsverhältnisse am Grundeigenthum S. 18. — K. Neck, über das deutsche Credit- und Hypothekenwesen II. S. 182—94. — Vgl. Bornemann, systemat. Darstellung des preußischen Civilrechts II. S. 299. und das Erk. des O. A. Gerichts zu Stuttgart bei Seuffert VI. Nr. 311., wo der Herausgeber in seinen Bemerkungen die Insinuation mit der gerichtlichen Auflassung verwechselt zu haben scheint.

Unter den neueren Gesetzgebungen ist vornämlich die preußische für das Recht der Auflassung einflußreich geworden[26]). Sie behandelte dasselbe jedoch bisher vorzugsweise nur mit Rücksicht auf das Hypothekenwesen, indem sie das Eigenthum an Grundstücken durch die Besitzübertragung u. s. w. erwerben ließ, zugleich aber bestimmte, daß der Eigenthümer, welcher über sein Grundstück gerichtliche Verfügung treffen will, dasselbe in das Hypothekenbuch eintragen lassen muß, und daß der eingetragene Besitzer in den mit einem Dritten geschlossenen Verhandlungen als der Eigenthümer angesehen wird[27]). Zu diesem Behuf war die erste Rubrik des Hypothekenbuchs für den Besitztitel bestimmt, und dessen Berichtigung durch die Hypothekenbehörde Gegenstand genauer Vorschriften geworden[28]). An dieses System haben sich, freilich mit manchen einzelnen Abweichungen, andere Gesetzgebungen angeschlossen[29]),

---

[26]) Ueber die Geschichte des Grundbuchwesens in Preußen s. Koch, Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts I. §. 227—28.

[27]) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 10.

[28]) Pr. Hypothekenordnung v. 20. Dec. 1783. Tit. I. §. 41 ff. — Tit. II. §. 49 ff. Die ursprüngliche Zwangspflicht zur Berichtigung des Besitztitels (s. auch Pr. A. L. R. a. a. O. §. 12.) ist aber durch neuere Gesetze wesentlich beschränkt, und dadurch das System der Hypothekenordnung durchbrochen worden. Vgl. Bornemann a. a. O. II. S. 124—25. — Koch a. a. O. §. 256.

[29]) Die ritterschaftliche Hypothekenordnung für Mecklenburg-Schwerin v. 12. Nov. 1819. (für Mecklenburg-Strelitz v. 22. Dec. 1819.) hatte anstatt einer Rubrik für den Besitztitel nur eine s. g. Gutsbeschreibung; erst die rev. Verordnung v. 18. Oct. 1848. hat in §. 1. den Zusatz erhalten: „Das Hypothekenbuch — — hat den jedesmaligen Eigenthümer anzugeben," und bestimmt darüber §. 9.: „Die Aufführung des zeitigen Eigenthümers im Hypothekenbuche geschieht nur für die Zwecke und zu den Rechtsfolgen des gegenwärtigen Hypothekengesetzes." — Das Baierische Hypothekengesetz v. 1. Juni 1822. hat drei Rubriken: 1) Die Sache, worauf Hypotheken eingetragen werden können, nebst den darauf haftenden besondern Reallasten; 2) der Besitzer und der Besitztitel nebst den Beschränkungen des Eigenthümers in der Disposition; 3) die Hypotheken, mit Inbegriff der Cessionen und Löschungen; s. §. 129 ff. Die Wirkung der Eintragung in die zweite Rubrik besteht aber nicht in der Eigenthumsübertragung, sondern in der Befugniß zu rechtsgültigen Dispositionen auf Grund des Hypothekenbuches (a. a. O. §. 25. 26.). Aehnlich haben das Württembergische Pfandgesetz v. 15. April 1825. Art. 57. und das großherzoglich Sächsische Gesetz über das Recht an Faustpfändern und Hypotheken v. 6. Mai 1839. §. 14. 205. 206. 228. 238. die Eintragung des Eigenthümers in die öffentlichen Bücher nur mit Rücksicht auf die Legitimation für das Hypothekenbuch berührt; sie geben aber zu diesem Behuf keine besondere Rubrik in demselben, sondern verweisen ersteres auf die Güterbücher und letzteres auf die Grundbücher. Ueber das Mangelhafte dieser Einrichtung in Württemberg s. Wächter a. a. O. I. §. 107. Note 22. Vgl. auch Leonhardt a. a. O. S. 41 ff. — Auch das französische Recht hat die „Transscription" nicht als nothwendige Voraussetzung der Eigenthumsübertragung behandelt, wenn auch manche Vortheile mit

während man in Bremen das bestehende Recht in selbständiger Entwickelung ausgebildet[30]), in Oesterreich aber in der consequenten Durchführung des älteren Princips der Auflassung einen weiteren Schritt gethan hat. Das österreichische Gesetzbuch stellt nämlich, ohne der provinziellen Einrichtung der Grundbücher vorzugreifen, den Grundsatz auf, daß das Eigenthum an unbeweglichen Sachen nur durch die Eintragung (Intabulation, Einverleibung) in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher erworben, und daß es erst durch die Löschung aus denselben (die Umschreibung) wieder aufgehoben wird[31]). Auch dieses System hat Nachahmung gefunden und zwar in der Weise, daß die Verbindung der Auflassung zu Eigenthum mit dem Hypothekenwesen, welche die hanseatischen Stadtrechte durch ein gemeinsames Hauptbuch über das Verlaß- und das Rentebuch herstellen[32]), durch die Anlegung einer besonderen Rubrik im Hypothekenbuch für die Verlassung zu Eigenthum gewonnen ward[33]).

---

derselben verbunden sind; s. Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechts I. §. 205—8. — Bornemann a. a. O. S. 124. Note 3. und über die Nachtheile dieses Systems P. Fr. Reichensperger, Entwurf eines Hypothekengesetzes für den Bezirk des Rhein. Appellationsgerichtshofes (Köln 1851.) S. 39 ff. Das Badische Landrecht §. 1583 a. hat sich der Auffassung der preußischen Gesetzgebung angeschlossen.

30) Erbe- und Handfesten-Ordnung der freien Stadt Bremen v. 1833, rev. v. 30. Juli 1860.

31) Oesterr. Gesetzbuch §. 431. „Zur Uebertragung des Eigenthums unbeweglicher Sachen muß das Erwerbungsgeschäft in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher eingetragen werden. Diese Eintragung nennt man Einverleibung (Intabulation). §. 444. — — Das Eigenthum der unbeweglichen Sachen — wird nur durch die Löschung aus den öffentlichen Büchern aufgehoben." Vgl. §. 1499. und Winiwarter, das österr. bürgerliche Recht II. §. 122. Ueber die Landtafeln, Stadt- und Grundbücher in den Erblanden s. Winiwarter, Handbuch II. S. 117 ff.

32) Gries, Commentar zum Hamburg. Stadtrechte I. S. 267 ff. — Beseler, Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 114.

33) Also die principielle Auffassung des österreichischen Gesetzbuchs unter Anwendung der preußischen Form. Die rev. Mecklenburg-Schwerin. Stadtbuchordnung v. 21. Dec. 1857. §. 2—12. hat von den drei Rubriken die erste zur Eintragung des Eigenthümers bestimmt; das K. Sächsische Gesetz, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betreffend v. 6. Nov. 1843. §. 168 ff. die erste Rubrik für die Sache, die zweite für den Eigenthümer. Beide Gesetze lassen nur durch die Eintragung das Eigenthum erwerben; das sächsische Gesetz hat jedoch die hergebrachte Unterscheidung zwischen dem bürgerlichen und natürlichen Eigenthume (s. oben Note 19.) beibehalten, indem es §. 2. verfügt: „Das bürgerliche Eigenthum an Grundstücken als dingliches Recht wird nur durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch erlangt. Der Uebergabe des Besitzes bedarf es nicht noch nebenher zur Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken." Vgl. Seuffert VI. Nr. 145. Indessen bestimmt nun-

An diese Entwickelung hat nun auch die neueste reformatorische Gesetzgebung in Preußen angeknüpft[34]). Auch hier ist das Grundbuch zugleich zur Eintragung der dinglichen Belastungen bestimmt, indem die Einrichtung desselben nach dem Ermessen des Grundbuchamtes in zweifacher Weise geschehen kann. Nach dem Einen Formular erhält jedes Grundstück ein eigenes Grundbuchblatt, welches in einem Titel und drei Abtheilungen besteht. Der Titel enthält die Gutsbeschreibung, welche in geeigneter Weise mit den Grund- und Gebäudesteuerbüchern in Verbindung gebracht ist; die erste Abtheilung ist für die Eintragung zu Eigenthum bestimmt; die zweite Abtheilung enthält die dauernden Lasten und wiederkehrenden Geld- und Naturalleistungen, welche auf einem privatrechtlichen Titel beruhen, so wie die Beschränkungen des Eigenthums und des Verfügungsrechts des Eigenthümers; in die dritte Abtheilung werden die Hypotheken und Grundschulden eingetragen. Ausnahmsweise kann auch für mehrere im Bezirk desselben Grundbuchamtes liegende Grundstücke auf Antrag des Eigenthümers ein gemeinschaftliches Blatt angelegt werden[35]). — Verschieden von dieser Einrichtung des Grundbuchs ist die des

---

mehr das Sächs. Gesetzbuch §. 276. „Eigenthum an Grundstücken wird durch Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch erworben, ohne daß es dazu der Erwerbung des Besitzes bedarf. Die Eintragung setzt einen Rechtsgrund zur Eigenthumserwerbung voraus." §. 277. „Einen Rechtsgrund zur Eigenthumserwerbung geben: auf Eigenthumsübertragung gerichtete Rechtsgeschäfte unter Lebenden, richterliche Entscheidung, Erbfolge, Vermächtniß und Anwartschaft." Vgl. überhaupt H. A. Mascher, das deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen. Berlin 1869.

[34]) Unter dem 5. Mai 1872 sind nämlich für die Landestheile, in welchen das Allg. Landrecht und die Hypothekenordnung v. 20. Dec. 1783 galten, mit Ausschluß der betreffenden Gebietstheile der Provinz Hannover, folgende Gesetze erlassen worden: Ueber den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten; die Grundbuch-Ordnung; Gesetz über die Form der Verträge, durch welche Grundstücke getheilt werden; Gesetz betreffend die Stempelabgaben von gewissen, bei dem Grundbuchamt anzubringenden Anträgen. Die oben genannten Gesetze sind dann unter dem 26., 28., 29., 30., 31. Mai 1873. mit einigen Abänderungen auf Neu-Vorpommern und Rügen, Schleswig-Holstein, Hannover, den Oberlandesgerichtsbezirk Kassel, den Bezirk des früheren Justizsenats zu Ehrenbreitstein und die Hohenzollernschen Lande ausgedehnt worden. Vgl. die Kommentare von A. Achilles, die Preußischen Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht v. 5. Mai 1872. Berlin 1872. und W. Bahlmann, das Preußische Grundbuchrecht vom 5. Mai 1872. Berlin 1872. — F. Förster, Preuß. Grundbuchrecht. Berlin 1872. — Dernburg, System des Preuß. Privatrechts I. §. 190—206. 240—44. — H. Dernburg und F. Hinrichs, das Preußische Hypothekenrecht. 1. Abth. Die allgemeinen Lehren des Grundbuchrechts. Leipzig 1877.

[35]) Grundbuchordnung §. 7—13. Ueber die Beziehungen des Grundbuchs zu den Steuerbüchern s. Bahlmann a. a. O. S. 141 ff. — Förster a. a. O. S. 28 ff.

zweiten Formulars, bei welcher jeder Eigenthümer eines Bezirkes im gemeinsamen Grundbuch einen besonderen Artikel erhält, unter welchem sämmtliche ihm gehörige Grundstücke, ihre Steuerverhältnisse, ihre dinglichen Belastungen und deren Veränderungen eingetragen werden[36]. — Die Führung der Grundbücher eines Bezirkes ist dem Grundbuchamte übertragen, welches, wenn es auch kein Gericht ist, doch einen zum Richteramte befähigten Vorstand haben soll. Dasselbe verfährt mit Ausnahme der im Gesetze bestimmten Fälle nur auf Antrag[37]. — Regel ist nun, daß nur durch die Eintragung in das Grundbuch Eigenthum erworben wird. Doch gilt dies nur für den Fall der freiwilligen Veräußerung oder wenn ein rechtskräftiges Erkenntniß die Eintragung vorschreibt. Außerdem wird das Grundeigenthum nach dem bisher geltenden Recht erworben, indessen kann, wie nach dem früheren preußischen Rechte, der Erwerber erst dann, wenn er seine Eintragung in das Grundbuch bewirkt hat, vor demselben eine Eigenthumsübertragung oder dingliche Belastung vornehmen[38].

§. 89.

VIII. Die Erwerbung des Eigenthums. (Fortsetzung.)

Die gerichtliche Auflassung.

Nach der so eben gegebenen allgemeinen Darstellung von der geschichtlichen Entwickelung der Auflassung sind nun die leitenden Principien des Instituts, insoweit es sich auf die Eigenthumsübertragung bezieht, hervorzuheben. Denn ungeachtet der verschiedenen Gestaltung desselben in den Particularrechten, welche es überhaupt noch anerkennen, hat sich doch für diese Rechtslehre ein gemeinrechtlicher Kern erhalten, welcher auf dem Wege der historischen Deduction dargelegt, für das geltende Recht von großer Bedeutung ist.

I. Die Auflassung überträgt das Eigenthum an Grundstücken. In der heutigen Form des Geschäftes ist aber der entscheidende Act die Eintragung in das öffentliche Buch, so daß, wenn derselben noch eine besondere förmliche Handlung vor dem Gerichte vorhergeht, wie die Verlassung nach einigen Particularrechten (s. oben §. 88. Note 15. 20.), diese nur noch zu den, freilich wesentlichen Vorbereitungen des Geschäftes

---

36) Grundbuchordnung §. 14—16. Das Gesetz läßt also die Wahl zwischen Real- und Nominalfolien, vgl. unten §. 97. Note 10., doch sind offenbar die Ersteren als Regel gedacht.

37) Grundbuchordnung §. 20 ff. Vgl. Förster a. a. O. S. 36 ff.

38) Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 1—6. Vgl. Förster a. a. O. S. 96 ff.

gehört[1]). Durch die Eintragung unterscheidet sich auch die neuere Form der Auflassung wesentlich von derjenigen Einrichtung, welche durch die gerichtliche Bestätigung des Veräußerungsvertrags das Eigenthum übergehen läßt (§. 88. Note 16). Wo aber, wie nach den früheren preußischen und den verwandten Rechten, durch die Eintragung kein Eigenthum gegeben, sondern nur zum Behufe des Hypothekenwesens der Besitztitel gesichert wird, da liegt eine Auflassung zu Eigenthum in der wahren Bedeutung des Institutes gar nicht vor.

II. Nach neueren Gesetzen überträgt nur die Auflassung Eigenthum an Grundstücken; die anderen Erwerbsarten, namentlich Erbschaft, Richterspruch und Verjährung bilden nur einen Rechtstitel für die Eintragung. Im älteren Rechte ist die Auflassung in diesem Umfange nicht zur An=

---

[1] Haubold, Lehrbuch §. 187. — Gries, Commentar zum Hamb. Stadtr. I. S. 246. 252. — In Bremen ist diese besondere Form ganz aufgegeben; s. Bremer Erbe= und Handfesten=Ordnung v. 1833. §. 66. „Die Lassung geschieht auf Ansuchen des Erwerbers und unter Zustimmung des Veräußerers vor der Commission, mittelst Protocollirung in dem Lassungsbuche unter Hinweisung auf das Erbebuch.“ Vgl. die Revision v. 1860. §. 63. — Ebenso in der Mecklenb. rev. Stadtbuchordnung v. 1857. §. 5. „Das Eigenthum der städtischen Grundstücke kann nur durch die Verlassung — die Eintragung des neuen Eigenthümers in die erste Rubrik — übertragen und erworben werden.“ Die Gründe für und gegen eine besondere Verlassung außer der Eintragung in das Grundbuch sind zusammengestellt von Bornemann, Preuß. Justiz=Ministerial=Blatt von 1848. Nr. 6. S. 56—58. Vgl. H. Kellinghusen, über die Abschaffung oder Beibehaltung der öffentlichen Verlassungen bei dem Hamburger Hypothekenwesen. Hamburg 1833. Dagegen bestimmt das Preuß. Gesetz über den Eigenthumsübergang v. 5. Mai 1872. §. 1. „Im Fall einer freiwilligen Veräußerung wird das Eigenthum an einem Grundstück nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigenthumsüberganges im Grundbuch erworben.“ §. 2. „Die Auflassung eines Grundstückes erfolgt durch die mündlich und gleichzeitig vor dem zuständigen Grundbuchamt anzugebenden Erklärungen des eingetragenen Eigenthümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige und des Letzteren, daß er diese Eintragung beantrage.“ — Dazu bemerkt Förster, Grundbuchrecht S. 87. 88.: „Die Auflassung ist nicht der Titel für die Eintragung, beide stehen überhaupt nicht in dem Verhältniß von Titel und Modus. Den Eigenthumsübergang bewirkt die Auflassungserklärung, die sich erst formell durch die Eintragung vollendet. — — Geht man — von der Auffassung aus, daß Auflassung und Eintragung nur ein Act sind“ u. s. w. Allein die Auflassung (Sala) bezeichnete ursprünglich den Act, durch welchen das Grundeigenthum übertragen wird; nach Einrichtung der Grund= und Hypothekenbücher war daher im Geiste unserer Rechtssprache das Wort nicht allein für die vorbereitenden Erklärungen, sondern für die Eintragung selbst, die Intabulation, welche den Eigenthumsübergang entscheidet, zu gebrauchen. Daß man beide Begriffe durch eine besondere Benennung aus einander gezogen hat, wird im preußischen Grundbuchrecht noch manche Verwirrung erregen. Für die gemeinrechtliche Darstellung bin ich der früheren Terminologie treu geblieben.

wendung gebracht worden[2]); erst in neuerer Zeit ist man, im Interesse der Rechtssicherheit, so weit gegangen, nachdem für einzelne Fälle, außer der freiwilligen Veräußerung, schon früher in Particularrechten die Entwickelung des Instituts zu dieser weiteren Auffassung hingeführt hatte[3]). Wo nun die Auflassung als einziges Mittel des Eigenthumserwerbes an Grundstücken aufgefaßt ist, da bedarf es natürlich noch genauer Bestimmungen über die Voraussetzungen, unter denen die Eintragung auf gerichtliche Requisition, gegen Vorlegung des Erbenzeugnisses u. s. w. von der Buchbehörde zu beschaffen ist[4]).

---

2) Nach der Regel: der Todte erbt den Lebendigen, le mort saisit le vif, ging die Gewere des Erblassers ohne Auflassung auf den Erben über; der Richterspruch hatte dagegen nach älterem deutschen Rechte den Zwang zur Auflassung zur Folge, während er dieselbe später, wenigstens unter Umständen, ersetzen konnte; s. Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. S. 46. Note 70. — Albrecht, Gewere §. 7. — Eine selbständige Acquisitivverjährung kannte das ältere deutsche Recht nicht.

3) In Sachsen gab schon nach dem Rechte der Decisionen die Verjährung nur einen Anspruch auf die Lehenreichung, s. Haubold a. a. O. §. 187. Note 6. Das Bürgerl. Gesetzbuch §. 279. schließt sie jetzt ganz aus, ebenso das Preuß. Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 6. gegen den eingetragenen Grundeigenthümer. — In Hamburg gilt keine Acquisitivverjährung neben der Auflassung, bei der Erbschaft wird aber die Repräsentation des Erblassers durch den Erben auch für das Stadtbuch anerkannt; s. Gries a. a. O. S. 253 ff. — In der Stadt Hannover ging die Rechtsentwickelung auf die Anwendung der Auflassung auch für den Erwerb des Eigenthums an einem ererbten Grundstück; sie ist aber nicht durchgeführt worden, s. Leonhardt, über die Rechtsverhältnisse am Grundeigenthum a. a. O. S. 42 ff. — In Bremen hat man die Auflassung sogar nur für die Veräußerungen unter der Hand beibehalten, indem bei öffentlichen Verkäufen die Ablieferung des Zuschlagsprotokolls die Auflassung ersetzt: Rev. Erbe- und Handfesten-Ordnung §. 10. 11. 61—65.; vgl. Preuß. Hypothekenordnung v. 1783. Tit. II. §. 93.

4) Oesterr. Gesetzbuch §. 436. „Wenn das Eigenthum unbeweglicher Sachen zu Folge eines rechtskräftigen Urtheils, gerichtlichen Theilungs-Instruments oder einer gerichtlichen Ueberantwortung einer Erbschaft übertragen werden soll; so ist ebenfalls die Einverleibung dieser Urkunden erforderlich." §. 1448. „Wer eine Sache oder ein Recht ersessen hat, kann gegen den bisherigen Eigenthümer bei dem Gerichte die Zuerkennung des Eigenthums ansuchen, und das zuerkannte Recht, wofern es einen Gegenstand der öffentlichen Bücher ausmacht, den letzteren einverleiben lassen." — Mecklenburg-Schwerin. rev. Stadtbuchordnung §. 5. 7.; vgl. Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 116—17. — K. Sächs. Gesetz, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betreffend v. 6. Nov. 1843. §. 4. „So lange die Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch nicht erfolgt ist, besteht nur erst ein Rechtstitel zur Erlangung des bürgerlichen Eigenthums oder der Hypothek oder der andern dinglichen Rechte." — §. 172 ff. Vgl. oben §. 88. Note 27. Abweichend ist die Sache in Preußen geordnet, s. oben §. 88. a. E. und Förster, Grundbuchrecht S. 96 ff. Die Bemerkung bei Stobbe, Handbuch II. (2. Aufl.) S. 205. Note 25a. ist mir unverständlich, da ja die

III. Wo die Auflassung zu Eigenthum besteht, kann durch Besitzübertragung kein Eigenthum an Grundstücken übergehen; umgekehrt aber hat auch die Auflassung nicht die Uebertragung des Besitzes zur Folge. Dieser muß vielmehr besonders erworben werden, und zwar durch einseitige Ergreifung, wenn offener Besitz z. B. in einem Erbschaftsfalle ist; sonst durch Tradition, und wenn diese nicht erzwungen werden kann, durch Einweisung von Seiten des Richters [5]).

IV. Um die unbedingte Wirksamkeit der Eintragung zu sichern, muß derselben eine obrigkeitliche Voruntersuchung (causae cognitio) vorhergehen, welche es feststellt, daß jener Act auch gültig vorgenommen werden kann. Eine solche Voruntersuchung, wenn auch nicht in bestimmter Weise technisch ausgebildet, findet sich schon in dem älteren Rechte [6]); doch hatte dieses noch verschiedene andere Mittel, um die Rechtsbeständigkeit der Auflassung zu sichern. So lange das Geschäft in dem ungebotenen Echteding vorgenommen ward, galt die Regel, daß der Anwesende seinen Widerspruch gegen die Vornahme der Handlung sofort geltend machen mußte, wenn er sich nicht „verschweigen" wollte, während der Abwesende noch binnen Jahr und Tag sein Recht an der Sache

---

Worte oben zu Anfang der Nr. II. lauten: „Nach neueren Gesetzen," nicht: „Nach den neueren Gesetzen," und auf die Abweichung des preußischen Rechts ausdrücklich hingewiesen ist.

5) Darauf weist die Geschichte der Auflassung in ihrer Verbindung mit der Vestitur und Einweisung hin, nur daß im älteren Rechte die eigenmächtige Besitzergreifung desjenigen, der die Auflassung empfangen hatte, weiter ging, als sie nach heutigem Rechte zugegeben werden kann; s. Lehre von den Erbvertr. I. S. 27. Note 16. S. 33. Note 32. vgl. oben §. 88. Note 5. — Sächs. Lehenrecht Art. 10. §. 4. — Mevius ad jus lub. lib. III. tit. 6. art. 1. Nr. 11. — Leonhardt a. a. O. S. 161. Die neuere Gesetzgebung hat indessen zum Theil ein anderes Princip befolgt; das Oesterr. Gesetzbuch §. 441. läßt mit der Eintragung in das öffentliche Buch den neuen Eigenthümer auch in den Besitz der Sache eintreten, und die Bremer Erbe- und Handfesten-Ordnung v. 1833. §. 15. bestimmt, daß die Lassung in jeder Hinsicht und mit der nämlichen Wirkung die Stelle der gemeinrechtlichen Tradition vertritt. Das Sächs. Gesetzbuch § 198. behandelt dagegen die Uebergabe von Grundstücken selbständig neben der gerichtlichen Auflassung, und das Preuß. Gesetz über den Eigenthumserwerb läßt die Besitzlehre unberührt, s. Bahlmann, Kommentar S. 25. 34.

6) Sächs. Landr. B. I. Art. 36. §. 3. „Irret de richtere mit unrechte dat de man sin egen nicht geven ne mut, svenne de koning uppe sessische art kumt, vor ime mut he't wol geven, alse he vor deme richtere solde, deste man des getüch hebbe, dat it de richtere to unrechte geerret hebbe." — Sächs. Weichbild Art. 22. §. 2. — Goslar. Statuten (Göschen) S. 14. Z. 14—18. — Lüneburger Stadtr. Th. 2. Tit. 3. — Mevius ad jus lub. lib. III. tit. 6. art. 1. nr. 21. — Pauli, Darstellung des Rechts der Erbgüter S. 132—34. — Leonhardt a. a. O. S. 42.

ausführen konnte[7]). Dies Recht der Widersprache binnen Jahr und Tag ward später, als das Echteding abkam, allen Betheiligten gegeben, und die Frist für Abwesende erst vom Tage der Wissenschaft an gerechnet, die unbedingte Rechtsbeständigkeit der Auflassung also erst von der Erlangung der rechten Gewere an gesichert[8]). Ein solcher Vorbehalt für die zur Widersprache Berechtigten scheint namentlich erst mit der Begründung des Beispruchsrechts der nächsten Erben bei Veräußerungen von Grundstücken bestimmt ausgebildet zu sein[9]); wenigstens war für die Erben die Widersprache von besonderer Wichtigkeit. Jedenfalls bezog sich dieselbe nicht auf obligatorische Einwendungen gegen die Veräußerung, sondern war dinglicher Natur und konnte nur die Legitimation zur Sache betreffen[10]). Allein die Anfechtbarkeit einer schon vollzogenen Auflassung, wenn auch nur innerhalb einer bestimmten Frist, bedroht die Wirksamkeit des ganzen Instituts und ist daher von der neueren Gesetzgebung, welche das Beispruchsrecht des nächsten Erben überhaupt nur selten zu berücksichtigen hat, auch in der Form der Widersprache binnen Jahr und Tag nicht beibehalten worden[11]).

---

7) Sächs. Landr. B. II. Art. 6. §. 4. „Svelke gave die man süt, oder svelk ordel die man vinden hort, ne weder redet he des tohant nicht, darna mach he's nicht weder reden.“ Vgl. B. I. Art. 29. und oben §. 79. Note 17. — Albrecht, Gewere §. 13. — K. Reck, Hannov. Zeitung v. 1834. Nr. 277.

8) Rev. Lüb. Recht B. III. Tit. 6. Art. 3. „Wil jemand verkauffte, liegende Gründe, stehende Erbe und Rente ansprechen, der soll es binnen Jahr und Tag thun. Nach dieser Zeit soll er nicht zugelassen werden, er beweiset denn, daß er außerhalb Landes gewesen, so hat er noch a tempore scientiae Jahr und Tag.“ — Hamb. Stadtr. Th. I. Tit. 30. Art. 3. Vgl. Berner Handfeste v. 1218. Art. 22. (Kraut, Grundriß §. 80. Nr. 54.)

9) Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. §. 5. — II. 2. S. 223. Note 17. Die von mir a. a. O. über die späte Entwickelung des Beispruchrechts der nächsten Erben aufgestellte Ansicht ist von Gerber, med. ad locum spec. jur. Saxon. I. 52. (Erlang. 1847.) und L. Zimmerle, das deutsche Stammgutssystem (Tübingen 1857.) überhaupt und von Sandhaas, germanist. Abhandlungen S. 165 ff. in Beziehung auf das Stammesrecht der Sachsen angefochten worden. Für diese letztere Beschränkung möchten allerdings überwiegende Gründe sprechen. Vgl. überhaupt W. Lewis, die Succession des Erben in die Obligationen des Erblassers nach deutschem Recht (Berlin 1864.) S. 1—23.

10) Albrecht a. a. O. S. 110—11. — Gries, Commentar I. S. 245. — Heise und Cropp jurist. Abhandlungen I. S. 411 ff. Die rechtliche Form der Widersprache war nach älterem Recht, wenn sie nicht sofort bei der Auflassung erhoben wurde, die Klage; s. Sächs. Landr. B. II Art. 44. — Verm. Sachsensp. I. 36. pr. — Rüthen. St. 39. (Kraut, Grundriß §. 80. Nr. 18.) — Homeyer, Sachsenspiegel II. 2. S. 208. Jn Richtsteig Lehenr. Art. 29. §. 2. finde ich nicht, wie Albrecht a. a. O., eine Unterbrechung der Verjährung durch Pfändung statt der Klage anerkannt, sondern nur eine Entscheidung über den besseren Besitz.

11) Jn Hamburg wurde bereits durch den Receß v. 1618. die Widersprache binnen Jahr und Tag auf die Abwesenden beschränkt; s. Gries a. a. O. S. 258.

V. Eine andere Einrichtung, durch welche man die alte Oeffentlichkeit des ungebotenen Echtedings zu ersetzen suchte, war die Anordnung bestimmter Verlaßtage[12]), sowie die Einrichtung, daß der Auflassung eine Verkündigung derselben in bestimmter Form voraufgehen muß, um zur Erhebung der Widersprache Veranlassung zu geben[13]). Aber die festen Verlaßtage sind doch von keiner besonderen Wirksamkeit, und die Verkündigung kann, wenn sie nicht zu einem theueren und zeitraubenden Edictalverfahren führen soll, nur in einem beschränkten Kreise, z. B. für eine bestimmte Stadt zur Anwendung gebracht werden.

VI. Die neuere Gesetzgebung muß daher das Hauptgewicht auf die obrigkeitliche Voruntersuchung legen, welche in verschiedener Weise festgestellt worden ist. Am Schwierigsten ist die Sache, wenn die Berichtigung des Besitztitels blos für das Hypothekenbuch geschieht, und die Erwerbung des Eigenthums nicht durch die Eintragung bedingt ist[14]). Aber auch da, wo das Prinzip der Auflassung in aller Consequenz durchgeführt worden, bedarf es für die in Note 4. angeführten Fälle einer genauen Prüfung des Rechtstitels, welche namentlich in Betreff des Erbrechts durch bestimmte gesetzliche Anordnungen über den Beweis desselben erleichtert werden kann. Handelt es sich dagegen von einer freiwilligen Uebertragung des Eigenthums, so könnte, da die sachlichen Veräußerungsbeschränkungen aus dem Grundbuche hervorgehen müssen, die Erklärung des Eigenthümers in der Regel genügen, um die Umschreibung zu rechtfertigen, und es wäre nur darauf zu halten, daß diese Erklärung persönlich oder durch einen genügend

— Baumeister, Hamb. Privatr. I. S. 109. — Die Bremer Erbe- und Handfesten-Ordnung v. 1833. §. 12. hat die im Stadtrechte enthaltenen beschränkenden Bestimmungen über die Veräußerung der s. g. Erbgüter und den Retract aufgehoben.

12) Hamburg. Stadtr. Th. I. Tit. 1. Art. 13. Später ist noch bestimmt worden, daß die Eintragung nicht vor drei Tagen nach der Verlassung geschehen darf, wodurch den Betheiligten eine Frist zur Geltendmachung ihrer Widersprache gegeben ist. S. Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen I. S. 402.

13) Mecklenburg-Schwerin. rev. Stadtbuchordnung §. 8. — Bremer rev. Erbe- und Handfesten-Ordnung §. 17—60., wo sich sehr genaue Vorschriften über das Verfahren finden, und das Recht der Widersprache in einem sehr weiten Umfange eingeräumt wird. — Verm. Sachsensp. (Ortloff.) B. I. Cap. 31. Dist. 1. vgl. Albrecht a. a. O. S. 68. — Solms. Landr. Tit. XI. §. 2. 3. — Ueber die Lovbietung des skandinavischen und die Aufbietung des nordfriesischen Rechts s. Paulsen, Lehrbuch §. 58.

14) Preuß. Hypothekenordnung v. 1783. Tit. II. §. 59. 60. Kommt noch hinzu, daß für die Berichtigung des Besitztitels keine Zwangspflicht besteht (s. oben §. 88. Note 22.), so wird für jeden zweifelhaften Fall gewissermaßen die Schwierigkeit der ersten Anlegung des Grundbuchs perpetuirt, und die Last der Voruntersuchung erdrückt die Behörden oder führt zu einer gefährlichen Verwirrung der Eigenthumsverhältnisse.

legitimirten Specialbevollmächtigten abgegeben würde, womit sich die Befugniß verbinden ließe, sie in einer öffentlichen Urkunde auszustellen. Einzelne Rechte begnügen sich auch mit der Erklärung des Eigenthümers[15]), andere verlangen aber in der Regel eine bestimmt formulirte schriftliche Urkunde[16]). Das entgegengesetzte Princip besteht darin, daß der Grundbuchbehörde unbedingt die Verpflichtung auferlegt wird, die Gültigkeit und Richtigkeit des angegebenen Rechtstitels vor der Eintragung zu prüfen[17]). — Für den Fall, daß Zweifel über die Zulässigkeit der Eintragung wegen Mängel der Legitimation und beziehungsweise des Rechtstitels bestehen, hat man dadurch geholfen, daß entweder die Vormerkung, welche das angemeldete Recht durch bedingte Eintragung sichert, oder die Protestation im Grundbuch, welche vor Benachtheiligung durch spätere Einträge schützt, angewendet werden kann[18]).

VII. Die größte Verwirrung ist in der Lehre von der Auflassung dadurch hervorgerufen worden, daß man das Veräußerungsgeschäft von dem Acte der Eigenthumsübertragung nicht gehörig zu unterscheiden wußte, und

---

[15]) Gries, Commentar zum Hamb. Stadtr. I. S. 248 ff. — Baumeister, Hamb. Privatr. I. S. 125. — Bornemann, Preuß. Justiz-Ministerial-Blatt v. 1848. Nr. 5. S. 44. — Mecklenburg-Schwerin. rev. Stadtbuchordnung §. 9. 41. — Preuß. Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 2. — Grundbuchordnung §. 37.

[16]) Oesterr. Gesetz §. 433—35.

[17]) K. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 136. „Vor jedem Eintrage in das Grund- und Hypothekenbuch und vor jeder Löschung in demselben haben die Grund- und Hypothekenbehörden die Gültigkeit und Richtigkeit des angegebenen Rechtstitels zur Eintragung oder Löschung und des Anbringers Legitimation zur Sache und beziehentlich zur Verhandlung (§. 144.) nach dem, was darüber beigebracht worden (§. 142.), sorgfältig zu prüfen, und, wenn sich hierbei Anstände oder Mängel ergeben, derenthalber die Eintragung oder Löschung nicht geschehen kann, den Anbringer dessen unter deren Angabe zu bescheiden, ihm auch, insofern die Mängel gehoben werden können, die Herzuschaffung des Ermangelnden aufzugeben." — §. 138. Vgl. Bornemann a. a. O. Nr. 6. S. 54. 55. Dagegen bestimmt die Preuß. Grundbuchordnung §. 46. „Der Grundbuchrichter ist verpflichtet, die Rechtsgültigkeit der vollzogenen Auflassung, Eintragungs- oder Löschungsbewilligung nach Form und Inhalt zu prüfen. Ergiebt diese Prüfung für die beantragte Eintragung oder Löschung ein Hinderniß, so hat der Grundbuchrichter dasselbe dem Antragsteller bekannt zu machen. Mängel des Rechtsgeschäfts, welches der vollzogenen Auflassung, Eintragungs- oder Löschungsbewilligung zu Grunde liegt, berechtigen nicht, die beantragte Eintragung oder Löschung zu beanstanden."

[18]) Ersteres bestimmt das Oesterr. Gesetzb. §. 438—39. und das Preuß. Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 8. Vgl. Bahlmann, Kommentar S. 36 ff. — Förster, Grundbuchrecht S. 66 ff. Letzteres das K. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 24. 25. Vgl. Pr. Hypothekenordnung v. 1783. Tit. II. §. 57. 107. und über die Inhibitorien des Hamb. Rechts Baumeister a. a. O. S. 134.

Form und Wirkung des Einen auf das Andere übertrug. Beide sind aber getrennt zu halten, und der allgemeine Grundsatz des deutschen Rechts, daß der Vertrag kein Eigenthum überträgt, zu bewahren[19]). Das Veräußerungsgeschäft ist nur die Vorbereitung zur Auflassung, hat aber seine selbständige Bedeutung und giebt namentlich, wenn es nur an sich rechtsbeständig ist, eine Klage auf Vollziehung derselben[20]).

VIII. Was namentlich den Einfluß des vertragsmäßigen Vorbehalts des Eigenthums (pactum reservati dominii) auf die Auflassung betrifft, so ist zu bemerken, daß, wenn die letztere einmal unbedingt vollzogen ist, eine Beschränkung ihrer Wirkung durch vorhergehende Verträge nicht mehr Platz greifen kann; auch der Umstand, daß das Kaufgeld rückständig, verhindert den Uebergang des Eigenthums nicht[21]). Eine andere Frage ist es, ob der Vorbehalt, wenn er zur Kenntniß der zuständigen Behörde gebracht ist, die Wirkung einer Resolutivbedingung haben kann. Der Begriff der Auflassung widerspricht an und für sich einer solchen im Voraus festgestellten Beschränkung ihrer Wirksamkeit nicht; allein ihr Zweck würde gefährdet werden, wenn schlechthin die Wiederaufhebung des einmal eingetragenen Eigenthums möglich wäre. Es muß vielmehr, wenn dies rechtlich zulässig sein soll, die gesetzliche Einrichtung bestehen, daß die beschränkte Wirksamkeit des Eigenthums aus dem Grundbuche selbst erkannt werden kann[22]). — Einige Gesetze legen jedoch dem vorbehaltenen Eigen=

19) Im Gegensatze zum Princip des Code civ. Art. 1583 — Die Tradition läßt sich freilich als einen Vertrag im weiteren Sinne des Wortes auffassen, s. v. Savigny, System III. S. 312 ff., obgleich doch die bestimmte körperliche Beziehung zur Sache einen spezifischen Unterschied begründet, anders wie z. B. bei den Realverträgen. Auch die Auflassung hat gleichfalls ein contractliches Element in sich, aber sie ist, zumal in der heutigen Form der Eintragung in öffentliche Bücher, kein Vertrag, wie Brakenhoeft, Zeitschrift für deutsches Recht VIII. S. 48. annimmt, dessen Begriff eines jus ad rem, welches ein dinglicher Anspruch auf ein jus in re sein soll, in unserem Rechtssysteme überhaupt nicht als ein technischer ausgebildet ist.

20) Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 130. — Mevius ad jus lub. lib. III. tit. 6. art. 1. nr. 7. — Leyser, med. ad pand. Spec. 446. med. 5. 6.

21) Gries a. a. O. S. 249. — Leonhardt, zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigenthum S. 274—76. Dagegen bestimmte das Hamburg. Stadtr. v. 1497. G. II. „So we syn erve vorkoft, de schal dat deme anderen uplaten vor dem rade, wan id eme vorgulden is," — und nach dem Code civ. Art. 1654. kann sogar der Käufer wegen nicht gezahlten Kaufpreises auf Auflösung des Geschäftes klagen, ohne daß das pactum reservati dominii hinzugefügt zu sein braucht. — In Deutschland hat gerade wegen des Zurückdrängens der Auflassung aus dem Hypothekenrechte dieser Vorbehalt und die damit in Verbindung gesetzte Ertheilung der jura cessa für manche Gegenden eine so große Bedeutung gewonnen.

22) Baier. Hypothekengesetz §. 5. — Bremer Erbe= und Handfesten=Ordnung §. 68—79. — Großh. Sächs. Gesetz vom 6. Mai 1839.

thume, auch wenn es eingetragen ist, nur die Bedeutung einer Hypothek bei[23]).

IX. Der Zweck der Auflassung kann ihrem Wesen und ihrer ganzen Anlage nach nur dann erreicht werden, wenn das Grundbuch, in welches die Eintragung geschieht, öffentlichen Glauben im weitesten Sinne des Wortes hat. Was einmal eingetragen ist, muß, soweit das Interesse dritter Personen dabei in Betracht kommt, unanfechtbar sein und einen ähnlichen Schutz gewähren, wie die rechte Gewere nach dem älteren Rechte mit sich brachte[24]).

---

§. 134. 135. 178. — K. Sächs. Gesetz vom 6. Nov. 1843. §. 16. 225. Vgl. Seuffert II. Nr. 10.

23) Rittersch. Hypothekenordnung für Mecklenburg-Schwerin v. 12. Nov. 1819. §. 33. „Reservationes dominii und Adjudicate wirken hinfüro nichts, als insoferne sie eingetragen worden, und durch die Stelle, wo sie im Buche zu stehen gekommen sind." — Mecklenburg. rev. Stadtbuchordnung §. 9. — Preuß. Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 76. „Der bei der Veräußerung eines Grundstücks zur Sicherheit einer Forderung bedungene Vorbehalt des Eigenthums gewährt dem Veräußerer nur das Recht, für die bestimmte Summe eine Hypothek auf das Grundstück eintragen zu lassen."

24) Sehr bezeichnend heißt es in den Dortmunder Statuten von 1275. (Dreyer, Nebenstunden S. 423.) von den Verkäufen und Verlassungen: fiant in praesentia consulum in sede sedentium et coram ipsis omnimodo pertractentur, pertractata vero libro civitatis inserantur, ipsique libro insignita, temporibus se offerentibus, in hujusmodi casibus pro judicato teneantur. — Hamb. Stadtr. Th. II. Tit. 4. Art. 4. — — „Aber unbewegliche Erbe und Zinse sollen für sitzendem Rath in offener Audienz verlassen, und auffgetragen werden. Und was also für den Rath verlassen und in dem Stadtbuch geschrieben wird, dar gehet kein Zeuge über. Wann aber der Schuldner solches bezahlet, so sol er sich für dem Rath loß schelten, und im Stadtbuch tilgen lassen." — Vgl. Heise und Cropp, jur. Abhandlungen I. S. 369—79. 392. — Gries, Commentar I. S. 282 ff. — Mecklenburg. rev. Stadtbuchordnung §. 36. „Der Inhalt des Stadtbuchs giebt vollständigen Beweis; ein Attest aus demselben ist vollgültiges Beweismittel." — K. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 22. „Vermöge der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs bringt jede im Vertrauen auf dasselbe vorgenommene Handlung, die sich auf das Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht an einem Grundstücke bezieht, in Ansehung desjenigen, welcher nach den im Grund- und Hypothekenbuche befindlichen Einträgen und im guten Glauben gehandelt hat, alle rechtlichen Wirkungen hervor, die der Handlung, nach jenen Einträgen, angemessen sind. Auch kann niemand die Unwissenheit dessen, was im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen ist, für sich anführen. Wer hierdurch einen Schaden erleidet, dem bleibt blos der persönliche Anspruch auf Schadenersatz wider denjenigen, der hierzu nach den Gesetzen verbunden ist." Vgl. Bürgerl. Gesetzbuch §. 278. und Pr. A. L. R. Th. I. Tit 10. §. 7—11. — Oesterr. Gesetzbuch §. 443. — Preuß. Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 9. „Die Eintragung des Eigenthumsübergangs und deren Folgen können nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts angefochten werden. Es bleiben jedoch die in der Zwischenzeit von dritten Personen gegen Entgelt und im redlichen Glau-

§. 90.

IX. Die Enteignung.

Wenn auch dem modernen Begriff der Souveränetät gemäß, der unbedingten Wirksamkeit des Gesetzes keine rechtliche Schranke gesetzt ist, und selbst wenn es Vermögensrechte verletzt, eine Entschädigungsklage nur, soweit es dieselbe gestattet, begründet erscheint[1]); so ist doch der Schutz und die Anerkennung des Eigenthums eine ethische Pflicht der Staatsgewalt, welche auch von der Gesetzgebung nicht außer Acht gelassen werden kann, ohne die sicherste Grundlage des öffentlichen Wesens zu erschüttern. Zu allen Zeiten hat man freilich in den äußersten Fällen der Gefahr ein Staatsnothrecht anerkennen müssen, vor dem jedes Privatrecht und auch das Eigenthum zurücktritt, und welches namentlich im Kriege sich geltend macht; aber in regelmäßigen Verhältnissen ist die Achtung des wohlerworbenen Rechts ein Zeichen politischer Bildung und Gesittung. Auch hat weder das römische noch das ältere deutsche Recht ein Princip ausgebildet, nach welchem die Abtretung des Eigenthums selbst gegen Entschädigung von Staats wegen gefordert werden kann[2]); erst die neuere Zeit mit ihren großen öffentlichen Anlagen, besonders zu Communicationszwecken hat ein solches ins Leben gerufen, und es versucht, außerhalb der eigentlichen Nothfälle, die Anforderungen des Gesammtinteresses mit der Unverletzbarkeit des Eigenthums in Einklang zu bringen.

---

den an die Richtigkeit des Grundbuch erworbenen Rechte in Kraft. Gegen diesen Nachtheil kann sich der Anfechtungskläger durch die von dem Proceßrichter nachzusuchende Eintragung einer Vormerkung sichern." §. 10. „Die Anfechtung ist auf Grund des Rechtsgeschäfts, in dessen Veranlassung die Auflassung erfolgt ist, statthaft, jedoch wird die mangelnde Form dieses Geschäfts durch die Auflassung geheilt." §. 11. „Beschränkungen des Eigenthumsrechts an dem Grundstücke erlangen Rechtswirkung gegen Dritte nur, wenn dieselben die Beschränkungen gekannt haben oder letztere im Grundbuch eingetragen sind." Vgl. Bahlmann, Kommentar S. 187 ff. — Förster, Grundbuchrecht S. 42 ff.

[1]) S. oben §. 20. Note 2.

[2]) Vgl. G. Meyer, das Recht der Expropriation (Leipzig 1868.). Historischer Theil S. 9—159., wo sich auch die Dogmengeschichte des Institutes findet. — L. S. Grünhut, das Enteignungsrecht (Wien 1873.) §. 3. Einzelne Fälle der Anwendung der Expropriation, namentlich bei dem Bergbau und dem Deichwesen (s. Häberlin, Archiv für civ. Praxis XXXIX. S. 7—36.) beweisen noch nicht die Geltung des Princips. Daß übrigens in roheren Zeiten die Gewalt häufig das durchzusetzen wußte, was jetzt die Gesetzgebung in rechtlicher Weise zu vermitteln sucht, bedarf für den Kenner der Geschichte keines Beweises. — Ueber die Auffassung des Enteignungsrechts in der älteren Jurisprudenz, der aber nur eine doctrinäre Bedeutung beigelegt werden kann, s. Gierke, das deutsche Genossenschaftsrecht III. S. 616 ff.

Darauf beruht die **Enteignung** oder **Expropriation**, welche sich in fast allen neueren Gesetzgebungen angewandt findet[3]).

Die erste principielle Anerkennung der Enteignung findet sich in den neueren Gesetzbüchern[4]) und Verfassungsurkunden[5]); später ist sie entweder in besonderen Landesgesetzen (Expropriationsgesetzen) weiter ausgeführt[6]), oder für einzelne Geschäftskreise näher bestimmt worden[7]). Im

---

3) Vgl. überhaupt außer Meyer und Grünhut noch Mittermaier im Staatslexikon V. S. 789—98. — Treichler, Zeitschrift für deutsches Recht XII. S. 123—66. — Häberlin a. a. O. Nr. 1. 8. — W. Koch, Deutschlands Eisenbahnen I. (Marburg 1858.) S. 21—129. — Beschorner, das deutsche Eisenbahnenrecht, mit besonderer Berücksichtigung des Actien- und Expropriationsrechts. Erlang. 1858. — Martin, im Archiv für praktische Rechtswissenschaft IX. Nr. 2. 5. — Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Preuß. Rechts IX. S. 74—102. — W. v. Rohland, zur Theorie und Praxis des deutschen Enteignungsrechts. Leipzig 1875. — Baumeister, Hamburg. Stadtr. I. §. 37. 38. — Roth, Bayr. Civilrecht II. §. 141. — Dernburg, Preuß. Privatrecht II. §. 34. und als Materialiensammlungen: (v. Wendt) Neuester Expropriationscodex. Nürnberg 1837. — Neubauer, Zusammenstellungen des in Deutschland geltenden Rechts betreffend verschiedene Rechtsmaterien (Expropriation u. s. w.) unter Verwerthung amtlicher Materialien (Berlin 1880. 4.) S. 1—47.

4) Pr. A. L. R. Einleitung §. 74. „Einzelne Rechte und Vortheile der Mitglieder des Staats müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Collision) eintritt, nachstehn. §. 75. Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vortheile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genöthigt wird, zu entschädigen gehalten." — Th. I. Tit. 11. §. 4. „Auch der Staat ist Jemanden zum Verkaufe seiner Sachen zu zwingen nur alsdann berechtigt, wenn es zum Wohle des gemeinen Wesens nothwendig ist." — §. 5—11. — Oesterr. Gesetzbuch §. 365. „Wenn es das allgemeine Beste erheischt, muß ein Mitglied des Staates gegen eine angemessene Schadloshaltung selbst das vollständige Eigenthum einer Sache abtreten." — Code civ. Art. 545. Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité.

5) S. Meyer a. a. O. S. 130 ff. — Treichler a. a. O. S. 129—32. — Bopp in Weiske's Rechtslexikon IV. S. 138—41. — Pr. Verfassungsurkunde v. 31. Jan. 1850. Art. 9. „Das Eigenthum ist unverletzlich. Es kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohls gegen vorgängige, in dringenden Fällen wenigstens vorläufig festzustellende Entschädigung nach Maaßgabe des Gesetzes entzogen oder beschränkt werden."

6) Im Großherzogthum Hessen, Churhessen, Königreich Sachsen, Baden, Baiern u. s. w.

7) So fanden sich in Preußen Bestimmungen über die Enteignung in dem Gesetz wegen des Wasserstauens bei Mühlen und Verschaffung der Vorfluth v. 15. Nov. 1811. §. 11 ff. — über die Eisenbahnunternehmungen v. 3. Nov. 1838. §. 3 ff. — über das Deichwesen v. 28. Jan. 1848. §. 20. — Berggesetz v. 24. Juni 1865. §. 135—47. Jetzt gilt das Gesetz über die Enteignung von Grundeigenthum vom 11. Juni 1874. Dazu

Allgemeinen ist aber bei der Behandlung der Lehre darauf Rücksicht zu nehmen, daß sie eine Abweichung von einem allgemeinen Rechtsprincip, der Unverletzbarkeit des Eigenthums, enthält, und daher als ein anomalisches Recht (jus singulare) streng innerhalb der ihr vom Gesetz angewiesenen Grenzen zu halten ist.

I. Der Zweck der Enteignung ist, die Abtretung von Sachen, die sich im Eigenthum befinden, zu öffentlichen Zwecken gegen Entschädigung zu erzwingen[8]). Regelmäßig sind es Grundstücke, um deren Abtretung es sich dabei handelt; doch können es auch bewegliche Sachen sein, wenn es z. B. darauf ankommt, Erde oder anderes Material für Bauten zu erhalten, oder im Fall einer Hungersnoth über Vorräthe von Lebensmitteln zu verfügen. Die Reichsgesetzgebung hat in dieser Beziehung einige weitgehende Bestimmungen getroffen[9]).

II. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Expropriation zulässig ist, und welche Gewalten im Einzelnen darüber zu entscheiden haben, gehört dem Staatsrechte der einzelnen Länder an und ist hier nicht genauer zu erörtern. Ein allgemeines Expropriationsrecht des Staates giebt es, abgesehen von den besonderen Fällen eines Staatsnothstandes, nur insofern, als die Gesetzgebung berufen ist, die Anwendung der Enteignung zu bestimmen[10]), sei es durch principielle Feststellung oder durch Aufzählung der einzelnen Fälle[11]). Das öffentliche

---

die Commentare von Dalcke, Berlin 1874 und von Bähr und Langerhans, Berlin 1875. Dasselbe (§. 54.) läßt aber die Spezialgesetzgebung in den Landeskultursachen, für das Deichwesen, den Bergbau und die Landestriangulation unberührt. Außerdem enthält noch Bestimmungen über die Enteignung das R. G. betreffend die Beschränkungen des Grundeigenthums in der Umgebung von Festungen v. 21. Dec. 1871. §. 34–44.

[8]) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 7. Das Princip der Enteignung kommt auch bei der Aufhebung lästiger, dem öffentlichen Wohle schädlicher Rechte gegen Entschädigung zur Anwendung, z. B. der Reallasten, der Bannrechte; allein diese Verhältnisse haben ihre besondere gesetzliche Normirung gefunden, und bilden keinen Gegenstand der eigentlichen Expropriationsgesetze.

[9]) R. G. über die Kriegsleistungen v. 13. Juni 1873. §. 23—25. — R. G. Maaßregeln gegen die Reblauskrankheit betreffend v. 6. März 1875. — R. G. betreffend die Abwehr und Unterdrückung von Viehseuchen v. 23. Juni 1880. §. 57—64.

[10]) Es bestehen darüber zum Theil recht unklare Ansichten; vgl. Meyer a. a. O. S. 163 ff. — Mittermaier a. a. O. S. 792—93. — Treichler a. a. O. S. 144 ff. — Häberlin a. a. O. S. 147—73. — Martin a. a. O. S. 66—76.

[11]) Baier. Gesetz v. 17. Nov. 1837. Art. 1. „Eigenthümer können angehalten werden, unbewegliches Eigenthum für öffentliche, nothwendige und gemeinnützige Zwecke abzutreten, oder mit einer Dienstbarkeit beschweren zu lassen, letzteres jedoch nur insoferne, als der Eigenthümer nicht vorzieht, auf Abtretung des

Wohl wird dabei immer entscheidend sein müssen, wenn auch das Gesammtinteresse des Staates nicht nothwendig unmittelbar betheiligt zu sein braucht, derselbe vielmehr kraft seiner gesetzlichen Machtvollkommenheit das Expropriationsrecht Anderen verleihen kann[12]).

III. Eine Ausdehnung der gesetzlichen Bestimmungen auf analoge Fälle läßt sich bei der anomalischen Natur des Instituts nicht rechtfertigen. In dem Recht der Enteignung liegt daher, wenn das Gesetz diesen Fall nicht vorgesehen hat[13]), noch nicht die Befugniß, die vorübergehende Abtretung von Grundstücken zur Benutzung gegen Entschädigung zu verlangen. Alles aber, was als nothwendige Consequenz aus der Rechtsregel folgt, ist auch mit dieser selbst gesetzt; Realrechte also, welche mit dem abgetretenen Grundstücke verbunden sind, sowie dingliche Rechte an demselben werden auch in das Enteignungsgeschäft hineingezogen[14]).

---

zum Zwecke der Dienstbarkeit in Anspruch genommenen Theiles seines Grundeigenthums zu bestehen. Diese Abtretung kann übrigens nur eintreten A. zu folgenden Unternehmungen: 1) Erbauung von Festungen oder sonstigen Vorkehrungen zu Landes-Defensions- und Fortificationszwecken, insbesondere auch Militair-Etablissements. 2) Erbauung oder Erweiterung von Kirchen, öffentlichen Schulhäusern, Spitälern, Kranken- und Irrenhäusern. 3) Herstellung neuer oder Erweiterung schon bestehender Gottesäcker. 4) Regelung des Laufes und Schiffbarmachung von Strömen und Flüssen. 5) Anlegung neuer und Erweiterung, Abkürzung oder Ebenung schon bestehender Staats-, Kreis- und Bezirks-Straßen. 6) Herstellung öffentlicher Wasserleitungen. 7) Austrocknung schädlicher Sümpfe in der Nähe von Ortschaften. 8) Beschützung einer Gegend vor Ueberschwemmung. 9) Erbauung von öffentlichen Kanälen, Schleusen und Brücken. 10) Erbauung öffentlicher Häfen oder Vergrößerung schon vorhandener. 11) Erbauung von Eisenbahnen zur Beförderung des innern oder äußern Handels und Verkehrs. 12) Aufstellung von Telegraphen zum Dienste des Staates. 13) Vorkehrung zu wesentlich nothwendigen sanitäts- oder sicherheitspolizeilichen Zwecken, insbesondere 14) Sicherung der Kunstschätze und wissenschaftlichen Sammlungen des Staates vor Feuers- und anderer Gefahr, allein auch in allen diesen Fällen u. s. w. B. In Fällen öffentlicher Nothstände, nämlich bei Feuers- und Wassergefahr" u. s. w. — Preuß. Gesetz v. 11. Juni 1874. §. 1. „Das Grundeigenthum kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles für ein Unternehmen, dessen Ausführung die Ausübung des Enteignungsrechts erfordert, gegen vollständige Entschädigung entzogen oder beschränkt werden."

12) Pr. Gesetz vom 11. Juni 1874. §. 2. „Die Entziehung und dauernde Beschränkung des Grundeigenthums erfolgt auf Grund Königlicher Verordnung, welche den Unternehmer und das Unternehmen, zu dem das Grundeigenthum in Anspruch genommen wird, bezeichnet." Singulär ist die in Württemberg den Privatpersonen gegebene s. g. Baulosung; s. Reyscher, gemeines und württemb. Privatr. II. §. 293. Note 5.

13) Pr. Gesetz vom 11. Juni 1874. §. 4. 5.

14) Die Ansprüche der persönlich Berechtigten, insbesondere der Zeitpächter und Miether sind regelmäßig bei der Entschädigung des Eigenthümers zu berücksichtigen, s. W. Koch a. a. O. S. 98—104. — Häberlin a. a. O. S. 198—200.

V. Die Entschädigung für die abgetretene Sache muß eine vollständige sein. Wie eine solche beschaffen sein muß, ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden. Der gemeine Werth, welcher nach Analogie des Kaufgeschäftes maaßgebend sein würde[15]), kann hier nicht ausschließlich in Betracht kommen, weil die Nöthigung des Eigenthümers zur Abtretung die Berücksichtigung seiner individuellen Verhältnisse rechtfertigt. Es ist daher der Gebrauchswerth oder außerordentliche Werth zu ersetzen, jedoch ohne den der besonderen Vorliebe in Anschlag zu bringen[16]). Die Möglich-

— Meyer S. 299 ff. Doch enthalten die Gesetze verschiedene Bestimmungen und auch das Erk. bei Seuffert XX. Nr. 136. will die persönlichen Rechte wie die dinglichen behandelt wissen. Vgl. Pr. Ges. v. 11. Juni 1874. §. 11. „Der Betrag des Schadens, welchen Nutzungs-, Gebrauchs- und Servitutberechtigte, Pächter und Miether durch die Enteignung erleiden, ist, soweit derselbe nicht in der nach §. 8. für das enteignete Grundeigenthum bestimmten Entschädigung oder in der an derselben zu gewährenden Nutzung begriffen ist, besonders zu ersetzen." Vgl. §. 37. 45.

15) Die von mir früher vertretene Ansicht, daß der Enteignung in der Anwendung des einzelnen Falles noch ein besonderes Rechtsgeschäft und zwar der nothwendige Verkauf unterbreitet werden müsse, gebe ich jetzt auf. Vgl. Laband, Archiv für civ. Praxis LII. S. 171 ff. — Grünhut a. a. O. §. 9. — v. Rohland a. a. O. S. 29 ff. — Stobbe, Handbuch II. §. 92. — Dernburg, Pr. Privatr. I. §. 34 a. E. — R. G. VII. Nr. 73. — Seuffert XXV. Nr. 29. XXXIV. Nr. 305. — Für den Zwangsverkauf: Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 4 ff. — Seuffert IV. Nr. 177. — Häberlin a. a. O. S. 200—6. — Koch a. a. O. S. 35—37. — Martin a. a. O. S. 78—94. — v. Gerber, System §. 174 b.

16) Mittermaier a. a. O. S. 795 ff. — Treichler a. a. O. S. 153 ff. — Häberlin a. a. O. S. 179—92. — W. Koch a. a. O. S. 83—106. — Meyer a. a. O. S. 271 ff. Die neuere Gesetzgebung stimmt mit diesen Grundsätzen im Wesentlichen überein; s. Baier. Gesetz v. 17. Nov. 1837. Tit. II. Art. 5. „Die Entschädigung für jede zwangsweise Abtretung von Grundstücken muß enthalten: 1) Den gemeinen Werth des abzutretenden Gegenstandes. 2) Vergütung für die dem Eigenthümer durch die Abtretung zugehenden sonstigen Nachtheile, namentlich a. Ersatz des Mehrwerthes, den der abzutretende Gegenstand mit anderen Eigenthumstheilen oder durch seine bisherige Benutzungsweise für den Eigenthümer behauptet; b. Ersatz der Werthsminderung, welche durch die Abtretung dem übrigen Grundbesitze desselben Eigenthümers zugeht; c. Ersatz des unvermeidlichen Verlustes, welcher dem Eigenthümer durch die Abtretung vorübergehend oder bleibend in seinem Erwerbe erwächst; jedoch darf die hierdurch sich ergebende Mehrung der Entschädigung 30 Procent des Schätzungswerthes nicht übersteigen; d. Ersatz für die Früchte, deren Erndte durch die Zwangsabtretung gehindert wird. 3) Den Betrag derjenigen Entschädigung, welche dem Pächter oder sonstigen Nutzungsberechtigten nach Gesetz oder Vertrag zu leisten ist." — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 9. „Bei dieser Bestimmung ist nicht blos auf den gemeinen, sondern auch auf den außerordentlichen Werth Rücksicht zu nehmen." Vgl. Tit. 2. §. 111—15. und oben §. 73. Note 5. Auch das Pr. Gesetz vom 11. Juni 1874. gewährt vollständige Entschädigung (§. 1.), den vollen Werth (§. 8.), s. Dernburg, Pr. Privatrecht I. S. 69. Nur in dem Gesetze über das Deichwesen vom 28. Januar 1848. §. 20. wird die Berücksichtigung des

keit einer künftigen Werthsteigerung, z. B. im Fall der Benutzung des Grundstücks zu Bauplätzen, ist nur insofern zu berücksichtigen, als sie bereits auf den gegenwärtigen Werth einen bestimmt zu bemessenden Einfluß ausübt[17]). — Im Einzelnen entscheidet das richterliche Ermessen, namentlich auch, insoweit nicht ausdrückliche gesetzliche Vorschriften bestehen, über die Frage, wann der Eigenthümer, von dessen Grundstück ein Theil abgenommen wird, die Uebernahme des Ganzen fordern kann[18]).

Viertes Kapitel.

Die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums.

§. 91.

I. Im Allgemeinen.

Zu den gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums lassen sich im weiteren Sinne auch diejenigen rechnen, welche durch die rechtliche Natur bestimmter Institute mit diesen selbst gesetzt sind, und einer besonderen Begründung durch Privatwillkühr für den einzelnen Fall nicht bedürfen. Dahin gehören namentlich die Beschränkungen des Rechts der Veräußerung bei Lehen, Stammgütern des hohen Adels, Familienfideicommissen und Bauergütern, sowie die entsprechenden Regeln über die Wahrung der Substanz der Sache bei Ausübung des Nutzungsrechts, — Bestimmungen, die vorzugsweise mit den Instituten des getheilten Eigenthums und des Gesammteigenthums zusammenhängen und bei deren Darstellung ihre Berücksichtigung finden. Auch die gesetzlichen Vorschriften über die Verschaffung der Vorfluth und über das Recht des freien Schürfens auf fremdem Grund und Boden werden später am geeigneten Ort (in der Lehre von dem Wasserrecht und von dem Bergrecht) erwähnt werden.

---

außerordentlichen Werthes ausgeschlossen; aber hier ist die Enteignung überhaupt nur den betheiligten Genossen gegenüber zugelassen. Vgl. Verhandlungen der zweiten Kammer, Sitzung v. 20. Dec. 1851. St. B. I. S. 52—58.

[17]) Weiter zu gehen scheint bedenklich, da die Werthschätzung doch nur den gegenwärtigen Zustand erfassen, und die Entschädigung nicht einen künftigen, blos möglichen Gewinn einschließen kann; ein hoher Grad der Wahrscheinlichkeit einer Werthsteigerung wird aber nothwendig auch auf den gegenwärtigen Werth Einfluß haben. Vgl. das Erkenntniß des O. A. G.'s zu Lübeck bei Seuffert III. Nr. 176. und das. V. Nr. 178. 289. VII. Nr. 323. XVI. Nr. 224. XX. Nr. 135. XXII. Nr. 150. XXIII. Nr. 143. Genaue Bestimmungen namentlich für den Fall, wenn nur ein Theil eines Grundstückes in Anspruch genommen wird, enthält das Pr. Gesetz v. 11. Juni 1874. §. 8 ff.

[18]) Das Ermessen des erkennenden Gerichts wird durch die von Sachverständigen vorgenommene Schätzung nicht gebunden, s. Seuffert IX. Nr. 354.

Außerdem kommen hier noch die Regalien und die Näherrechte in Betracht, über welche in den folgenden Paragraphen gehandelt wird, und diejenigen gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums, welche in den Verhältnissen der Nachbarschaft beruhen, und theils im Interesse des öffentlichen Wohls, theils zum Besten der einzelnen Betheiligten eingeführt sind. Diese Unterscheidung ist um deswegen wichtig, weil nur die Beschränkungen der letzteren Art durch die Bestellung einer entsprechenden Dienstbarkeit oder vertragsmäßig aufgehoben oder gemindert werden können[1]). Im Allgemeinen haben aber diese Eigenthumsbeschränkungen, welche man mit dem Ausdrucke: nothwendige Dienstbarkeiten oder Legalservituten zu bezeichnen pflegt, keine gemeinrechtliche Geltung, da ohne ihre bestimmte particularrechtliche Begründung die Freiheit des Eigenthums als die Regel Platz greift. Mit den verwandten, meistens nicht recipirten Bestimmungen des römischen Rechts[2]) stehen sie in keiner unmittelbaren Beziehung.

a) Der Nothweg. Es liegt in der Billigkeit, daß jedem Eigenthümer der Zugang zu seinen Grundstücken gewährt werde, und daß, wenn ihm ein solcher fehlt, die Nachbarn ihm eine Wegegerechtigkeit einräumen. Aeltere Rechtsquellen haben darauf, in Berücksichtigung der besonderen agrarischen Verhältnisse des Mittelalters, eine unbedingte Rechtspflicht begründet, ohne nur einen Anspruch auf Entschädigung anzuerkennen[3]), und die Doctrin der Juristen, durch eine nicht ganz zutreffende Analogie des römischen Rechts bestimmt[4]), stellte für das gemeine Recht eine entsprechende Regel auf, in welche nur die Verpflichtung zur Entschädigung

---

[1]) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 8. §. 190–91. — Nürnb. Reformation Tit. 26. Ges. 3. — Eichhorn, Einleitung §. 183. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 166. Nr. VII. §. 167. Nr. 2.

[2]) Vgl. überhaupt über die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums nach römischem Rechte Thibaut, System II. §. 728–35. — Puchta, Pandecten §. 145. — Windscheid, Lehrbuch I. §. 169. — Spangenberg, Archiv für civ. Praxis IX. Nr. 16. — Bekker, Jahrbuch für das gem. deutsche Recht V. Nr. 10. — Werenberg, Jahrbücher für die Dogmatik VI. Nr. 1. — Jhering, das. Nr. 2. — Hesse, das. S. 378–441. — Buchka und Budde, Entscheidungen IV. Nr. 37. (Nachbarrecht in Bezug auf Ueberströmen von Rauch und Dampf.) — Sarwey, württemb. Archiv für Recht und Rechtsverwaltung I. Nr. 4. — Seuffert III. Nr. 7. VIII. Nr. 346. IX. Nr. 218. XI. Nr. 14. 114. XII. Nr. 123. — Roth, Bayr. Civilrecht II. §. 121. — Ueber Beschränkung des Grundeigenthums in der Umgebung von Festungen s. das Reichsgesetz v. 21. Dec. 1871. und Seuffert XXXV. Nr. 217.

[3]) Oeffnung von Flaach (Kanton Zürich) bei Grimm, Weisthümer I. S. 94. „Item es sol je ein vorder gut dem hinder wäg und stäg geben, das einer mit dem sinen dar unnd dannen komen mug zu zimlichen Ziten."

[4]) Man berief sich auf L. 12. pr. D. de relig.

aufgenommen wurde[5]). Indessen bedarf das Princip der Enteignung überhaupt und vornämlich in seiner Anwendung auf Privatverhältnisse, immer eines bestimmten Rechtssatzes zu seiner Begründung, welcher in der gemeinen Meinung der Juristen für diesen Fall nicht so sicher ausgebildet erscheint, um als gemeines Gewohnheitsrecht gelten zu können; ohne allen Anhalt in dem particularen Rechte wird daher ein Anspruch auf einen Nothweg nicht für gerechtfertigt angesehen werden können[6]).

b) Die Anwende. Es ist das Recht, auf dem Grundstücke des Nachbarn mit dem Pfluge umwenden zu dürfen[7]).

c) Baupolizeiliche Beschränkungen. Bestimmungen dieser Art, nach Orts- und Landesgebrauch vielfach modificirt, kommen in den meisten Particularrechten vor und haben in den Bauordnungen ihre genauere Ausführung erhalten. Hier sind nur die wichtigeren Einrichtungen, insofern sie im Interesse der Betheiligten getroffen sind, besonders hervorzuheben.

1. Das Hammerschlagsrecht. Darunter wird die Befugniß verstanden, für den Bau oder die Wiederherstellung eines Gebäudes das Grundstück des Nachbarn zu betreten; im engeren Sinne kommt es als Leiterrecht (tour d'échelle) vor[8]).

---

[5]) Elvers, Themis I. Nr. 4. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 167. Nr. III. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 220. Nr. 4. — Puchta, Pandecten §. 145. Note h. — Seuffert I. Nr. 177. 321. IV. Nr. 204. XVI. Nr. 12. XXVII. Nr. 8. — Stobbe, Handbuch II. §. 85. Nr. 1.

[6]) Vgl. Hagemann, Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 307. Note 1. Auch das Oberappellationsgericht zu Lübeck (s. Seuffert I. Nr. 321.) verlangt den Beweis der Gewohnheit, den es aber nicht mit der Strenge beurtheilt wissen will, wie wenn es sich um ein Herkommen handelt, welches mit klaren und ausdrücklichen Bestimmungen der Gesetze in directem Widerspruch steht. — Von den neueren Gesetzbüchern bestimmt das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 22. §. 3. „Auch solche Einschränkungen muß jeder Grundbesitzer sich gefallen lassen, ohne welche ein anderes Grundstück ganz oder zum Theil völlig unbrauchbar sein würde." §. 4. „Für dergleichen zum Gebrauche eines Grundstücks nothwendig gewordene Vergünstigungen kann der Eigenthümer des belasteteten Grundstücks billige Vergütung fordern." — Aus diesen Stellen leitet die Praxis das Recht des Nothweges ab und läßt im Falle des Zweifels, welcher Nachbar ihn zu gewähren hat, den Ausspruch von Sachverständigen entscheiden. Vgl. Entscheidungen des Obertribunals Band 61. S. 124 ff. Ausdrückliche Bestimmungen zu Gunsten des Nothweges enthält das K. Sächs. Gesetzb. §. 345—49.

[7]) Montziger Gerichtsbuch im Senckenbergschen C. J. G. T. I. P. II. p. 55. 56. — Prosch, die Rechte der Nachbarn S. 77. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 167. Nr. VI. 2. — Roth, Bayr. Civilr. II. S. 94. Nr. 8.

[8]) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 8. §. 155. — Prosch a. a. O. S. 76. 77. — Mittermaier a. a. O. Nr. IV. 7. 8. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 263. Note 4. — Stobbe a. a. O. Nr. 3. — Seuffert V. Nr. 107.

2. Untersagung des Neidbaus. Niemand darf einen Bau unternehmen, der erweislich nicht den eigenen Nutzen, sondern die Beschädigung oder Kränkung eines anderen zum Zweck hat[9]).

3. Das Fenster- und Lichtrecht[10]). Das römische Recht giebt jedem Hauseigenthümer die Befugniß, Fenster, Luken und Luftlöcher in seinem Gebäude zu machen, und läßt eine Beschränkung dieses Rechts so wie den Schutz bestehender Einrichtungen gegen das Verbauen von Seiten des Nachbarn nur in Folge einer bestellten Dienstbarkeit eintreten. Im deutschen Rechte ist von diesen Grundsätzen häufig abgewichen[11]), und die

---

9) Münchener Bauordnung von 1489 Art. 27. „Item neydpau, die ainem schaden prächten, sollen verpoten sein, und sollen die pauleut dieselben neydpau abzuerkennen und darynne nach gelegenheit der Sachen allwegen zu entschaiden macht haben." — Auer, das Stadtrecht von München p. XCVIII. — Roth, Bayr. Civilrecht II. §. 126. Nr. I. — Gries, Commentar zum Hamburg. Stadtrecht II. S. 95—96. — Baumeister, Hamburg. Privatrecht I. S. 140—41. — Seuffert XXXII. Nr. 204. XXXV. Nr. 273.

10) Die besten Bearbeitungen dieser Lehre finden sich in den Schriften der Praktiker; s. v. Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen IV. Nr. 13. — v. Nettelbladt, Rechtssprüche des Oberappellationsgerichts zu Parchim V. Nr. 77. — Pfeiffer, prakt. Ausführungen IV. Nr. 1. — Mittermaier a. a. O. §. 167. Nr. IV. 10. — Roth a. a. O. §. 126. Nr. III. — 168. Nr. III. — Stobbe a. a. O. §. 86. Nr. 1. Ueber Fahne, das Fenster- und Lichtrecht, Berlin 1840. s. Pfeiffer a. a. O. VII. Nr. 10.

11) Rev. Lüb. Recht B. III. Tit. 12. Art. 13. „Es mögen auch keine neue Gänge, Wohnung oder Wohnkeller, Fenster, Thüren, Schure, da vormals keine gewesen, angerichtet werden, wie denn auch keine Schornsteine oder Feuerstätt, da hiebevor keine gestanden, ohne der Nachbarn Willen und Vergünstigung." — Frankf. Reformat. Th. VIII. Tit. 7. §. 2. „Wir ordnen, setzen und wöllen, daß keiner gegen seines Nachbarn Hauß oder Hoff zu, Fenster, darauß in desselbigen Nachbarn Hauß oder Hof mag gesehen werden, von neuwen (wann dieselben zuvor nicht gewesen) machen: sonders es bei der vorigen Form und Gestalt, wie der alt Bau gestanden, so viel die Liecht belangt, bleiben lassen solle, damit sein Nachbar durch das verdrießlich Einsehen, durch etwan Außschütten und Außwerffen nicht beschwert werde. Dann auch nicht vermuthlich, wann die Vorfahren, so den alten Bau machen lassen, deß Lichtrechts auff ihren Nachbaren weren berechtigt gewesen, oder man ihnen dasselbig gestatten hatt wöllen, daß sie es anfangs würden underlassen, und nicht auch so wol zu ihrem Vortheil, als der jetzig Nachbar, gesucht haben." Vgl. Bender, Lehrbuch §. 42. Note 2. §. 52. Note 1. — Hamburg Stadtr. Th II. Tit. 20. Art. 8. „Hat jemandt aufffschlagende Fenster an der Gassen oder an dem Wasser, die vor seines Nachbarn Hauß oder Giebel schlügen, oder auch stehende Fenster in Höfen oder dergleichen Plätzen, die mag sein Nachbar ihm wohl zubauen, es were dann, daß jenig ander schein oder beweiß dagegen vorhanden. Es mügen aber die stehende Fenster, dem Nachbarn zu verdrieß, mit Brettern alleine nicht zugekleidet werden. Da auch jemandt auffschlagende Fenster in Hoffräumen oder andern Plätzen, in ruhigem Besitz hette, mögen dieselben ohne dessen willen; der sie hat, ihm nicht zugebauet oder die Lufft

Anlegung neuer Fenster und Oeffnungen ohne die Zustimmung des Nachbarn entweder ganz verboten, oder nur in einer bestimmten Höhe erlaubt und zugleich eine bestimmte Einrichtung der Fenster vorgeschrieben. Dem Recht, Fenster zu haben, steht dann aber auch regelmäßig der entsprechende Anspruch zur Seite, daß sie nicht eigenmächtig verbaut werden, wobei zuweilen wieder zwischen dem Recht auf Licht und auf Aussicht unterschieden wird[12]. Im Einzelnen kommen manche Verschiedenheiten vor, und auch die neueren Gesetzbücher haben zum Theil sehr ausführliche Bestimmungen über diesen Gegenstand[13]. Die statutarischen Bestimmungen müssen streng, aber doch in einer ihrem Sinn entsprechenden Weise ausgelegt werden; im Allgemeinen ist der Gesichtspunkt festzuhalten, daß der Schutz der Nachbarn gegen Zudringlichkeit und Beschädigung Zweck der Einrichtung ist[14].

4. Das Recht des Zwischenraums nachbarlicher Gebäude. Auch hierüber kommen manche particularrechtliche Bestimmungen vor, die namentlich in Beziehung auf lästige Anlagen von Wichtigkeit sind[15]. Davon verschieden ist wieder das Recht des Widerspruchs gegen die Betreibung unleidlicher Gewerbe, welches bei der Darstellung des Gewerberechts berücksichtigt werden wird.

---

verbauet werden. An dem Ort aber, da keine Fenster zuvor gewesen, mögen ohne Bewilligung des nachbarn keine gemacht werden." — Münchener Bauordnung Art. 32. — Sächs. Landr. B. II. Art. 49. §. 1. — Nassau-Katzenelnbogische Landesordnung Th. VI. Cap. 3. §. 1. (von der Nahmer I. S. 312—13.) — Churtrier. Landrecht Tit. 22. §. 2. (ebendas. II. S. 619.) — Mainzer Landesordnung Tit. 7. §. 34. (ebendas. S. 772.).

12) Die Unterscheidung findet sich schon in der (nicht glossirten) c. 12. C. de aedif. priv., welche überhaupt auf die Praxis nicht ohne Einfluß gewesen ist: s. Pfeiffer a. a. O. IV. S. 8 ff. — Oesterr. Gesetzb. §. 488. — Code civ. Art. 675—79. — Der Ansicht, daß dem Recht Fenster zu haben, der Anspruch zur Seite stehe, daß sie nicht verbaut werden, setzt ein Erk. des O. A. G.'s zu Jena (bei Seuffert XXXV. Nr 273.) die Regel entgegen, in einen Vertrag dürfe man keine umfassendere Verpflichtung hinein interpretiren, als der an sich klare Wortsinn ergebe. Allein vor Allem ist doch bei Auslegung der Verträge die bona fides zu berücksichtigen.

13) Das österr. Gesetzbuch schließt sich im Wesentlichen dem römischen Recht an; über das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 8. §. 137—47. s. Bornemann, systemat. Darstellung II. S. 137—41.

14) v. Nettelbladt, Rechtssprüche I. Nr. 13. V. Nr. 77. — Unter den Nachbarn werden in der Regel nur die unmittelbar Anwohnenden (collaterales) verstanden; s. Mevius ad jus lub. III. 12. Art. 13. Nr. 30—32.

15) Sächs. Landr. B. II. Art. 51. §. 1. „Oven (Backöfen) unde gang (Kloaken) unde svinekoven solen dre vote van me tune stan." — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 8. §. 125. „Schweineställe, Kloake, Dünger- und Lohgruben, und andere den Gebäuden schädliche Anlagen müssen wenigstens drei Fuß rheinländisch von den benachbarten Gebäuden, Mauern und Scheunen entfernt bleiben."

§. 92.
II. Von den Regalien.

Die Lehre von den Regalien steht mit der Geschichte des öffentlichen Rechts in so unmittelbarer Verbindung und wird auch jetzt noch durch die Verfassung der einzelnen deutschen Staaten so wesentlich bedingt, daß die allgemeine Darstellung derselben in das Staatsrecht und nicht in das Privatrecht gehört. Der eigenthümliche Charakter des Instituts beruht aber gerade darauf, daß es nicht dem einen oder dem anderen Rechtsgebiete ausschließlich zugewiesen werden kann, sondern von einer gemischten Natur ist; obgleich das publicistische Element in demselben überwiegt, so greift es doch auch in das Privatrecht hinüber, und die Schwierigkeit der Lehre besteht vorzugsweise darin, die rechte Grenzscheide zwischen den beiden Gebieten zu finden. Zu diesem Behuf bedarf es hier einer allgemeinen Darstellung der Lehre, während die einzelnen Regalien, welche sich als Beschränkungen des Privateigenthums darstellen, zweckmäßiger im Zusammenhange mit den Rechtstheilen, zu welchen sie gehören, erörtert werden. Vgl. unten § 198. 199. 200. 203.

Dem ältesten deutschen Recht sind Beschränkungen des Grundeigenthums von Staats wegen unbekannt, und wenn ein Regale, ein regium jus vorkommt, so ist darunter schlechthin ein nutzbares Recht des königlichen Fiscus zu verstehen[1]). Indessen erweiterte sich der Begriff allmählich, indem nicht blos gewisse Rechte des Königs, sondern auch die von demselben übertragene Gewalt, die Summe der auf der Verleihung ruhenden Rechte als Regalien bezeichnet wurden. In diesem Sinne ist namentlich seit dem Wormser Concordat der Ausdruck gleichbedeutend mit den Temporalien der Bischöfe[2]), und in Italien wurden schon unter den Hohenstaufen die großen Staatslehen (ducatus, marchia, comitatus) darunter befaßt[3]). Gleichzeitig zeigte sich aber das Bestreben, gewisse Rechte des römischen Fiscus und andere Gerechtsame, namentlich an Bergwerken, der königlichen Gewalt zu gewinnen, und wenn daraus auch Anfangs nur für die italienischen Reichslande bestimmte Folgen hervorgingen, so wirkte doch, bei dem späteren Ansehen der longobardischen Lehenrechts-

---

[1]) Hüllmann, Geschichte des Ursprungs der Regalien in Deutschland (Frankfurt a. O. 1806.) S. 6 ff. — Eichhorn, Staats- und Rechtsgeschichte I. §. 58.

[2]) Hüllmann a. a. O. S. 12 ff. — Eichhorn a. a. O. II. §. 232. Note 6.

[3]) Friderici I. constitutio ai. 1158. de regalibus bei Pertz L. L. II. p. 111—12. — II. F. 56. Vgl. Eichhorn a. a. O. II. §. 246. 362. Anmerkung.

sammlung, dies auf Deutschland zurück[4]), freilich nach dem Entwickelungsgange der öffentlichen Angelegenheiten, weniger im Interesse des Kaiserthums als der landesherrlichen Gewalt. Die zum Theil sehr unbeholfenen Versuche, für diese letztere eine römische Analogie aufzufinden[5]), wurden aufgegeben, indem man die durch den westphälischen Frieden befestigte Territorialgewalt auf die Regalien zurückführte, denen nur die spärlichen Attribute der Reichsgewalt und die einzelnen kaiserlichen Reservatrechte beschränkend gegenüber standen[6]). Die Verschiedenartigkeit der in der Landeshoheit liegenden Rechte mußte aber nothwendig zu mannichfachen Eintheilungen der Regalien führen[7]), bis am Ende die Unterscheidung der wesentlichen Rechte der Staatsgewalt (Hoheits- oder Majestätsrechte als regalia majora oder essentialia) und der blos fiscalischen Rechte (regalia minora oder accidentalia), welche auch von Unterthanen ausgeübt werden können, allgemein angenommen ward[8]). In diesem Sinne ward auch im preußischen Landrecht die Lehre festgestellt[9]).

Ueber den Umfang und die Bedeutung der nutzbaren Regalien bestanden nun aber weitgreifende Streitfragen und Bedenken. Zunächst kam es darauf an, sie begriffsmäßig von den eigentlichen Hoheitsrechten zu unterscheiden; aber da zeigte es sich, daß beide zum Theil fast unauflösbar mit einander verwachsen waren. Diese nutzbaren Rechte, welche der Fiscus in Anspruch nahm, hatten zuweilen einen rein publicistischen Charakter, wie die Steuern, welche nur im uneigentlichen Sinn als Accise, Brücken-, Fähr- und Wegegelder in Besitz der Corporationen und Privatpersonen sein konnten. Die meisten niederen Regalien aber waren erst allmählich mit der wachsenden Macht der Landesherrn in Anspruch genommen worden, und führten zu Conflicten mit der Reichsgewalt, wie das Postregal, oder enthielten Beschränkungen des Privateigenthums an

---

4) S. z. B. U. Tengler, Layenspiegel Bl. XIX b. Von Regalien.

5) Das imperium merum und mixtum und die jurisdictio der römischen Magistrate mußten dazu dienen; s. Bartolus ad L. Imperium (3.) D. de jurisdict. — Zasius ad L. c. — N. Betsius, de statutis fam. illustr. cap. 1—4.

6) Pütter, Beiträge zum Teutschen Staats- und Fürstenrechte I. Nr. 11.

7) Vgl. Klüber, öffentliches Recht §. 99. Note c.

8) So handelt z. B. Chr. G. Jargow, Einleitung zu der Lehre von den Regalien (2. Aufl. Rostock 1757.) im ersten Buch Cap. 1. von dem Begriff und dem Ursprung der Regalien, Cap. 2. von deren Eintheilung, Cap. 3—11. von den einzelnen Hoheitsrechten, im zweiten Buch aber von den regalibus fisci oder den kleinen Regalien.

9) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 13—16. Vgl. Duesberg bei Simon und v. Strampff, Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des Preußischen Rechtes II. S. 59—103.

Grundstücken, welche den ursprünglichen Rechtszuständen direct widersprachen. Gerade das publicistische Element in diesen Regalien war für die thatsächliche Begründung derselben von überwiegender Bedeutung, und trotz aller Deductionen der Juristen über das Forst- und Jagdregal lag z. B. in der forstlichen Obrigkeit, welche sich die Landesherren kraft ihrer öffentlichen Gewalt beilegten, die wesentlichste Stütze für die Ausübung gewisser nutzbarer Rechte[10]). Jene Scheidung der Regalien in wesentliche Hoheitsrechte und niedere Regalien genügte daher nicht, um die verschiedenen Rechtsgebiete von einander vollständig getrennt zu halten.

Für die Begründung der niederen Regalien war nun aber die Jurisprudenz besonders thätig. Die Vorschriften des römischen Rechts, des longobardischen Lehenrechts wurden oft mit sehr geringer Kritik herangezogen; vor Allem aber wurde die Lehre wichtig, daß herrenlose Sachen dem Fiscus gehören, so daß man nur diesen Begriff nachzuweisen brauchte, um die Regalität darzuthun[11]); und als die wissenschaftliche Kritik eine solche Beweisführung nicht mehr gelten ließ, wurde das dominium eminens oder gar das Landeseigenthum des Landesherrn zur Begründung der älteren Regalitätslehre herangezogen[12]). Vor der heutigen Jurisprudenz können solche Fictionen nicht mehr bestehen[13]); sie hat den geschichtlichen Entwickelungsproceß begriffen, aber indem sie das Irrthümliche der älteren Deduction darlegt, darf sie nicht verkennen, daß auch hier auf dem Gebiete der Thatsachen, wo das Herkommen und die unvordenkliche Verjährung ihre Macht zeigen, begründete Rechtsinstitute ihren Ursprung haben nehmen können.

---

10) Ch. G. Riccius, zuverlässiger Entwurf von der in Teutschland üblichen Jagt-Gerechtigkeit Cap. I. §. 29. — Strube, rechtliche Bedenken IV. Nr. 48. — Stieglitz, geschichtliche Darstellung der Eigenthumsverhältnisse an Wald und Jagd §. 31. 32.

11) Noch Heineccius, elementa juris germ. privati lib. II. tit. 1. §. 8. hat diese Ansicht, welche auch in das preuß. Landrecht Th. I. Tit. 16. §. 1–7. (vgl. auch Code civ. Art. 539.) übergegangen ist. Für Suarez war abgesehen von der früheren Theorie namentlich auch die Erwägung maaßgebend, daß die Bedürfnisse des Staates mit herrenlosen Gütern am Bequemsten bestritten würden, s. Duesberg a. a. O. S. 91., — eine Bemerkung, die schon Hugo Grotius (de jure belli et pacis lib. II. cap. 8. §. 5.) gemacht hatte, aber freilich nicht als Motiv für eine neu zu gründende Gesetzgebung.

12) Biener de natura et indole dominii in territoriis Germaniae lib. I. §. 10. — lib. II. cap. 2. De dominio regalium fonte.

13) Seidensticker, de genuinis fundamentis juris supremae potestatis circa adespota. Gott. 1789. 4. — Posse, über das Staatseigenthum in den deutschen Reichslanden S. 1—157.

Diese Bemerkungen führen zu folgenden Sätzen, welche für die Lehre von den Regalien, so weit sie hier in Betracht kommt, maßgebend sind.

I. Unabhängig von der Begründung gewisser fiscalischer Nutzungsrechte hat die Gesetzgebung die ihr angewiesene Aufgabe zu erfüllen; sie regelt das Besteuerungswesen und bestimmt, insoweit das Gewohnheitsrecht nicht schon die entsprechenden Normen festgestellt hat, die Grenzen der vom Staate geltend zu machenden Oberaufsichts- und Verwaltungsbefugnisse. Die Ausübung dieser Hoheitsrechte ist an das Recht auf bestimmte Regalien nicht gebunden, wenn mit derselben im Einzelnen auch gewisse gewohnheitsrechtliche Normen, z. B. über die Beaufsichtigung der Forstökonomie in Privatwaldungen hervorgetreten sein können.

II. Der Begriff der Regalien ist auf die hergebrachten oder gesetzlich festgestellten Arten zu beschränken, ohne daß eine Ausdehnung desselben auf verwandte Verhältnisse durch die wissenschaftliche Doctrin zulässig erscheint. Die Rechte der Staatsgewalt in Beziehung auf Eisenbahnen und Telegraphenanstalten z. B. sind, abgesehen von den besonderen gesetzlichen Bestimmungen, nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Staatseigenthum, Actienvereine u. s. w., nicht aber nach Analogie der Regalitätslehre zu beurtheilen[14]). — Auch die allgemeinen Vorrechte des Fiscus auf erblose Güter u. s. w. sind von den eigentlichen Regalien auszuschließen[15]), so daß zu denselben nur theils die gewerblichen Beschränkungen, wie das Postregal und Münzregal[16]), theils die Beschränkungen des Grundeigenthums in dem Bergregal, Forst- und Jagdregal u. s. w. zu rechnen sind.

---

14) Ueber die Rechte des Staates an Eisenbahnen s. Reyscher, in der Zeitschrift für deutsches Recht XIII. S. 243—302. — W. Koch, Deutschlands Eisenbahnen I. S. 157—63. — A. Bessel und E. Kühlwetter, das Preußische Eisenbahnrecht, erscheint zu Cöln seit 1855. — J. H. Beschorner, das deutsche Eisenbahnrecht. Erlangen 1858. Ueber das Telegraphenrecht s. Reichs-Telegraphen-Ordnung vom 21. Juni 1872. (R. G. Bl. Nr. 20.) — Reyscher, Zeitschr. für deutsches Recht XIX. Nr. 8. 13. — Mittermaier, Archiv für civ. Praxis XLII. S. 278 ff. XLVI. Nr. 1. XLVII. Nr. 11. — Busch das. XLV. Nr. 1. — Fuchs, das. LIII. Nr. 5. — Filippo Serafini, il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale. Pavia 1862. (vgl. Goldschmidt in seiner Zeitschrift VI. S. 625—29.) — W. Ludewig, die Regalität der Telegraphie. Berlin 1883. — Fr. Meili, das Telegraphenrecht (Zürich. 1871.) S. 7 ff.

15) Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen VI. Nr. 91.

16) Ueber das Frachtgeschäft der Post, welche jetzt Reichsanstalt ist, (vgl. Reichsgesetz über das Postwesen vom 28. Oct. 1871. und dazu den Commentar von Otto Dambach. 4. Aufl. Berlin 1881.) s. unten §. 240., über das Münzwesen das Reichsmünzgesetz vom 9. Juli 1873. und unten §. 109.

III. Die einzelnen Regalien haben eine verschiedene Geschichte, so daß ein Schluß von der einen Art auf die andere nicht gerechtfertigt erscheint. Aber auch die Begründung in den einzelnen Territorien ist durchaus nicht gleichartig gewesen; in dem einen findet sich das Regal, in dem andern nicht, und wo es vorkommt, bestehen oft große Verschiedenheiten in der weiteren Ausbildung desselben. Sogar das Bergregal, welches doch am Weitesten verbreitet und am Gleichartigsten gestaltet ist, kommt nicht in allen deutschen Staaten und nicht in demselben Umfang vor. Bei der Frage, ob und in welcher Weise ein Regal begründet ist, muß daher stets die besondere Art desselben so wie die Rechtsgeschichte und die Verfassung des einzelnen Staates den Ausschlag geben.

IV. Das Institut der Regalien gehört also zu dem bedingt gemeinen Rechte, so daß eine Vermuthung für die Geltung in den einzelnen Staaten nicht besteht[17]). Die besonderen Arten können aber wieder in verschiedener Weise begründet sein, —

als gesetzliche Regel für den ganzen Staat oder für einzelne Gebietstheile oder für gewisse Landgüter, z. B. die bäuerlichen,

oder in Folge besonderer Erwerbung für einzelne Rechtsverhältnisse, wenn z. B. der Landesherr wie in Mecklenburg das Recht der hohen Jagd auf gewissen Rittergütern erlangt hat.

Im ersten Fall kommt die Lehre von den Rechtsquellen, Gesetz oder Gewohnheit, zur Anwendung, und die Befreiung von dem Regal stellt sich wieder, wenn sie auf einer beschränkenden Regel beruht, als die Folge eines Rechtssatzes dar, oder sie hat ihren Grund in der speciellen Verleihung, der die unvordenkliche Verjährung gleich steht, und dann liegt ein Privilegium vor. — Ist aber, wie im zweiten Fall angenommen wurde, nur ein einzelnes in dem Regal enthaltenes Recht erworben, so ändert dieses, weil der Staat oder der Landesherr der Inhaber ist, seine Natur nicht; die Befugniß wird nicht zum Rechtssatz, weder ihrem Entstehungsgrunde noch ihrer Wirkung nach.

V. Es ist daher eine unrichtige, schon durch die Rechtsgeschichte widerlegte Ansicht, daß ein Regal, wenn es einmal in einem Lande besteht, die Regel bilde; daß jede Ausnahme davon die Vermuthung gegen sich habe und bewiesen werden müsse; daß endlich nur durch ausdrückliche Verleihung oder unvordenkliche Verjährung die in den Regalien enthaltenen Rechte auf Privatpersonen haben übergehen können. Es hängt vielmehr Alles von der richtigen Würdigung der gerade vorliegenden Verhältnisse ab. Wenn es sich um Rechtssätze handelt, so ist es

---

17) S. oben §. 2.

die Aufgabe des Richters, sich ein selbständiges, auf eigener Einsicht und Forschung beruhendes Urtheil zu bilden, welches nicht durch Vermuthungen und Beweisauflagen ersetzt werden darf; und wenn es auf die Begründung eines individuellen Privilegiums ankommt, treten die allgemeinen dafür geltenden Regeln auch hier in Wirksamkeit[18]).

VI. Bei der Uebertragung des Regals geht nur das nutzbare Recht, nicht aber das mit demselben verbundene Hoheitsrecht auf den Erwerber über. Diese Regel gilt allgemein, insofern sie nicht in besonderen Einrichtungen eine Beschränkung findet; soweit z. B. die Autonomie und Selbstverwaltung einer Corporation gewahrt sind, können sie auch in Beziehung auf ein übertragenes Recht geltend gemacht werden.

§. 93.

III. Das Näherrecht*).

Beschränkungen des Eigenthümers in der Veräußerung seiner Sachen können in verschiedener Weise und aus verschiedenen Gründen stattfinden. Sie beruhen entweder auf gesetzlicher Anordnung oder auf Privatwillkühr, und setzen die Sache ganz außer dem Verkehre, wie bei dem Familienfideicommiß, oder schließen gewisse Personen, z. B. Ausländer, Juden von dem Erwerbe aus, oder machen die Rechtsbeständigkeit der Veräußerung von der Einwilligung Anderer, des Lehenherrn, Grundherrn u. s. w. abhängig. Von diesen Einrichtungen unterscheidet sich ein anderes Rechtsverhältniß, nach welchem zwar die Veräußerung an und für sich freigelassen, für den Fall aber, daß sie durch Kauf geschieht, gewissen Personen ein Vorrecht bei der Erwerbung der Sache eingeräumt ist. Sieht man einmal von dem nur obligatorisch wirkenden Vorkaufsrechte ab, welches durch einen Nebenvertrag beim Kaufgeschäft begründet wird, so findet sich ein solches Vorrecht namentlich in zwiefacher Anwendung: als Beschränkung des gewerblichen Verkehrs mit gewissen beweglichen Sachen, wie Gutsproducte, Rohstoffe für den Handwerksbetrieb

---

18) S. oben §. 50. Ein näheres Eingehen auf die vielen Streitfragen der älteren Jurisprudenz, welche sich um die im Texte bezeichneten Punkte bewegen, und auf die zum Theil sehr einseitige Auffassung neuerer Rechtslehrer (s. z. B. Zachariä, Zeitschr. für deutsches Recht XIII. Nr. 10.) erscheint nach der oben gegebenen Darstellung überflüssig; eine genauere Casuistik muß doch wieder auf die einzelnen Arten der Regalien und deren territoriale Ausbildung Rücksicht nehmen. Wo freilich, wie im Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 14. §. 26 ff. die Gesetzgebung schon alles in einer bestimmten Richtung erledigt hat, bedarf es der weiteren rechtlichen Erörterung nicht.

*) Neubauer, Zusammenstellungen des in Deutschland geltenden Rechts verschiedener Rechtsmaterien S. 133—45.

und dgl. zu Gunsten bestimmter Personen, oder bei Grundstücken als die Bevorzugung Einzelner, in das über dieselben abgeschlossene Kaufgeschäft einzutreten und sie von jedem dritten Besitzer an sich zu ziehen. Jene Beschränkungen des gewerblichen Verkehrs durch Vorkaufsrechte, welche in der Regel nur eine locale Bedeutung haben und immer mehr außer Uebung kommen, sind hier nicht weiter zu beachten[1]); dagegen ist das Vorrecht Einzelner bei dem Verkauf von Grundstücken, welches unter der Benennung: Näherrecht, Retractrecht, Zugrecht, Einstandsrecht, Losung, Abtrieb u. s. w. sich findet, einer näheren Erörterung zu unterziehen.

Zuvörderst sind die wichtigsten Arten des Näherrechts anzugeben.

a. Die Erblosung (retractus gentilitius s. ex jure consanguinitatis). Während nach älterem Rechte die Zustimmung der Erben zur Veräußerung des Grundbesitzes nicht erforderlich war, und nur die Sitte gebot, ihren Rath zu hören und ihr Interesse nicht willkührlich zu verletzen[2]); so entwickelte sich im Mittelalter bis zur Zeit der Rechtsbücher eine andere Rechtsanschauung, nach welcher Grundstücke, welche ohne Genehmigung der Erben veräußert waren, von diesen wie anerstorbenes Gut an sich gezogen werden konnten[3]). Hierin liegt schon die Regel ausgedrückt, daß es eben die nächsten Erben waren, welche das Beispruchsrecht hatten, deren Zustimmung also die Veräußerung gültig machte[4]); außerdem wurde der Erwerber geschützt, wenn er Jahr und Tag nach der Auflassung die rechte Gewere am Gute gewonnen hatte, und endlich findet sich bereits in sehr alten Rechtsquellen die Bestimmung, daß der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher es aus echter Noth (necessitas

---

1) In früherer Zeit kamen solche Einrichtungen häufig vor, s. Württemb. Landr. Th. II. Tit. 16. — Hohenloh. Landr Th. III. Tit. 5. §. 15. (Arnold, Beiträge II. S. 450.) — v. Kamptz, Mecklenburg. Civilrecht §. 125. Note *. — Steinacker, Braunschweig. Privatrecht §. 117.

2) Bei den Sachsen scheint jedoch das Recht der Erben von Alters her ein stärkeres gewesen zu sein; vgl. überhaupt oben §. 89. Note 9.

3) Sächs. Landr. B. I. Art. Art. 52. §. 1. „Ane erven gelof unde ane echt ding ne mut nieman sin egen noch sine lüde geven. — — Gift he't weder rechte sunder erven gelof, die erve underwinde's sik mit ordelen, als of he dot si jene de't dar gaf, so he's nicht geven ne mochte." — Baier. Landr. (Heumann) S. 106. Vgl. v. Sydow, Darstellung des Erbrechts S. 220—21. — Albrecht, Gewere S. 36. — Pauli, Darstellung des Rechts der Erbgüter (Abhandlungen I.) S. 129—31. — Siegel, das Deutsche Erbrecht §. 34 ff. — Zimmerle, das Deutsche Stammgutssystem S. 210 ff. — W. Lewis, die Succession der Erben in die Obligationen des Erblassers nach deutschem Recht S. 23 ff. — Stobbe, Handbuch II. §. 87.

4) v. Sydow a. a. O. §. 43. — Pauli a. a. O. S. 140 ff. — Siegel a. a. O. §. 34.

legitima: Gefängniß, Verarmung) veräußern will, dazu befugt ist, indem er nur seinen nächsten Erben die Sache zuerst zum Kauf anzubieten hat[5]). — Von hier aus scheidet sich nun die weitere Rechtsentwickelung: während die Familie des hohen Adels durch autonomische Beliebungen ihr Vermögen zum Besten des Mannsstammes genossenschaftlich zusammenhielt, und auch der landsässige Adel, durch das Lehenrecht und die Fideicommißstiftung unterstützt, denselben Zweck, wenn auch mit geringerem Erfolge, zu erreichen suchte, so trat in den anderen Ständen und besonders in der städtischen Bürgerschaft die entgegengesetzte Richtung hervor, welche das Grundeigenthum dem Einfluß der Familie mehr entzog. Was ursprünglich nur für den Fall der echten Noth als Ausnahme gegolten hatte, wurde jetzt die Regel: statt des Beispruchsrechts bei jeder Art der Veräußerung trat ein Vorkaufsrecht der nächsten Erben, jedoch mit dinglicher Wirkung als Retract ein. — Die verschiedenen Rechtsformen, welche man zur Durchführung dieses Instituts angewandt hat (Angebot und Verkündigung), werden später bei der allgemeinen Erörterung der Lehre erwähnt werden; hier sind nur einige andere Punkte, welche für die Erblosung von besonderer Bedeutung, hervorzuheben.

Während nämlich manche Rechte dem Princip der Rechtsbücher treu geblieben sind, und das Anrecht der Erben auf alle Grundstücke, seien es ererbte (Erbgüter) oder wohlgewonnene, anerkennen, haben andere auch dem Gegenstande nach eine Beschränkung eingeführt, indem sie die Erblosung nur auf Güter der ersten Art sich erstrecken lassen[6]). Auch

---

[5]) L. Saxon. tit. 17. (Richthofon 64.) — Wormser Dienstrecht (Walter, corp. jur. germ. III. p. 775.) Art. 2. Lex erit familiae: Si quis praedium vel mancipia in haereditatem acceperit, et in paupertatem inciderit et ex hac necessitate haereditatem vendere voluerit; prius proximis haeredibus cum testimonio proponat ad emendum; si autem emere noluerint, vendat cui voluerit. Vgl. v. Sydow a. a. O. S. 223. — Pauli a. a. O. §. 15. — L. Fipper, das Beispruchsrecht nach altsächsischem Recht (in Gierke's Untersuchungen Heft III.) Breslau 1879.

[6]) Das Schwanken einer Uebergangsperiode zwischen dem älteren und dem neueren Rechtsinstitute zeigt sich, wie Eichhorn, Einleitung §. 99. Note f., schon bemerkt hat, noch in manchen Statuten. So hält das Hamburger Stadtrecht v. 1270. I. Art. 8. für die Erbgüter das Beispruchsrecht der Erben aufrecht, gewährt aber Art. 5. 6. bei dem Verkaufe von Grundstücken überhaupt den zwei nächsten Blutsfreunden ein Vorkaufsrecht. In fast allen späteren Rechtsquellen ist nun das Beispruchsrecht ganz weggefallen, in vielen aber die Erblosung bei allen unbeweglichen Gütern zugelassen; s. Statuten des Amtes Hagen Tit. 4. bei Pufendorf, observatt. jur. III. app. p. 8. — Hadeler Landr. Th. II. Tit. 11. l. c. I. app. p. 19. — Wurstener Landr. Tit. 6. l. c. p. 72. — Kehdinger Landr. Tit. 21. l. c. p. 155—56. — Butjadinger Landr.

ist man später an einigen Orten, wo das Institut beibehalten worden ist, noch einen Schritt weiter gegangen, indem man das Näherrecht als Vorkaufsrecht fallen ließ und nur darauf hielt, daß der Werth des Erbguts, zu welchem dann auch das ererbte bewegliche Vermögen gerechnet wurde, ungeschmälert an die Erben gelangte[7]). — Eine wichtige Frage ist ferner, welchen Erben denn das Näherrecht zukommt. Nach älterem Rechte unzweifelhaft nur denselben, welche früher das Beispruchsrecht gehabt hatten, also denjenigen, welche jedesmal zur Zeit der Veräußerung die nächsten waren[8]). Doch haben spätere Rechtsquellen die Befugniß in

---

Art. 18. l. c. IV. p. 604. — Solms. Landr. Tit. 12. — Mainzer Landr. Tit. 24. — Zweibrücker Untergerichtsordnung Cap. 106. (v. d. Nahmer, Landrechte des Ober= und Mittelrheins II. S. 1035.). — Hohenloh. Landr. Th. III. Tit. 5. §. 3. (Arnold, Beiträge II. S. 447.) — Bayreuther Landesconstit. v. 1722. Tit. 6. §. 1. (a. a. O. S. 211.) — Baier. Landr. Th. IV. Cap. 5. §. 8. Die Ansicht von Pauli, welcher annimmt, daß das Beispruchsrecht für die Erbgüter, aber auch nur für diese von Alters her begründet gewesen sei, und daß die Erblosung gleichfalls nur in dieser Beschränkung sich zeige (a. a. O. S. 127.), findet in letzterer Beziehung durch die angeführten Quellen, welche das Gegentheil aussprechen, ihre Widerlegung. Doch kommt die Beschränkung auf Erbgut auch häufig vor; s. Statut des alten Landes bei Pufendorf l. c. IV. app. p. 43. — Bremisches Ritterr. Tit. 13. l. c. p. 34. — Lüneburger Stadtr. Th. II. Tit. 4. l. c. p. 661. — Nassau=Katzenelnbogische Landordnung I. Cap. 5. §. 2. bei v. d. Nahmer a. a. O. II. S. 142. — Saarbrücker Landr. Cap. II. Art. 4. bei v. d. Nahmer a. a. O. II. S. 965. — Wimpfener Stadtr. Th. III. Tit. 4. §. 4. a. a. O. S. 1116. Die beiden letzten Statuten nehmen bei dem Retract der Seitenverwandten dann noch besondere Rücksicht auf das Fallrecht (vgl. Pauli a. a. O. S. 136.), welches Walch, das Näherrecht S. 310 ff., auf eine wunderliche Weise allgemein maaßgebend sein läßt. — Uebrigens soll nicht in Abrede gestellt werden, daß die Beschränkung des Beispruchsrechts und der Erblosung auf die Erbgüter nach einigen Rechten sehr hoch hinauf geht, so daß sie vielleicht die im Sachsenspiegel und anderen Quellen ausgedrückte Mittelstufe dieser Entwickelung gar nicht durchgemacht haben; s. z. B. das Wormser Dienstrecht Art. 2. und 6. Die Ausdrücke Erbe, hereditas u. s. w. sind nur von so unsicherer Bedeutung, daß man sich vor voreiligen Schlüssen hüten muß. Vgl. Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. S. 13—18. — Heise und Cropp, jur. Abhandlungen II. S. 435—37.

[7]) So in Hamburg und Lübeck, zum Theil in Folge neueren Gewohnheitsrechtes; s. Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 3. 4. — Th. III. Tit. 1. Art. 5—14. — Lüb. Recht B. I. Tit. 10. Art. 6. — B. III. Tit. 7. Art. 1. 2. — Gries, Commentar I. S. 318. II. S. 141. — Dreves, das Recht der Erbgüter (Hamburg 1844.) S. 52. 89. — Trummer, das Hamburg. Erbrecht (Hamburg 1852.) I. S. 229. — Pauli a. a. O. S. 181—200. — Baumeister, Hamburg. Privatrecht II. §. 115—18. — Seuffert II. Nr. 83.

[8]) S. Note 4. Dieser Grundsatz findet sich auch noch in späteren Statuten; s. Zweibrücker Untergerichtsordnung Cap. 106. — Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 3. — Lüb. Stadtr. B. III. Tit. 7. Art. 1.

der Regel weiter ausgedehnt, indem sie entweder allen erbfähigen Verwandten den Retract einräumen[9]) oder, was das Gewöhnliche ist, den Seitenverwandten nur bis zu einem gewissen Grade der Entfernung[10]). Unter den Berufenen, für welche dieselbe Frist zur Ausübung ihres Rechts läuft, hat dann der nähere Erbe in der Regel den Vorzug[11]).

b. Die Marklosung (retractus ex jure incolatus), bei städtischen Grundstücken auch Bürgerretract genannt. Sie steht den Gemeindegliedern zu, wenn die in deren Bezirk (Feldmark, Stadt) belegenen Grundstücke an einen Auswärtigen verkauft werden[12]), und ist nicht mit der Landlosung (Territorialretract) zu verwechseln, welche gegen die Erwerbung durch fremde Unterthanen gerichtet ist[13]).

c. Die Nachbarlosung, Fürnossenrecht (retractus ex jure vicinatus). Nur die unmittelbare Nachbarschaft der Grundstücke begründet dies Näherrecht, für welches besondere Gesetze und Gewohnheiten manches Eigenthümliche bestimmen[14]).

---

9) Freiburg. Stadtr. v. 1520. Bl. 35 b. — Hadeler Landr. a. a. O. — Das Kehdinger Landrecht a. a. O. ruft sogar außer den Blutsfreunden auch solche, „die dem Verkäuffer mit Schwiegerschaft von der Schwert- oder Spillseite herrührende verwandt seyn.“ — Da, wo die Erblosung überhaupt gilt, kommt sie jedenfalls den Kindern zu, s. die Erk. des O. A. Gerichts zu Celle bei Seuffert XI. Nr. 78 a. 274.

10) Selten über den vierten Grad. Nach einigen Statuten sind die Descendenten und Ascendenten auch sonst günstiger gestellt als die Seitenverwandten; die Bayreuther Landesconstitution a. a. O. §. 3. und das Hohenloher Landr. a. a. O. §. 3. geben den letzteren nur bei Erbgütern den Retract. Das Bremische Ritterrecht a. a. O. läßt erst die Agnaten und nur wenn diese ausschlagen, die Spillmagen zum Vorkaufe zu.

11) Walch a. a. O. S. 337 ff. Nach dem Solmſ. Landr. Tit. 12. schließt der Verkauf an einen Verwandten die Erblosung auch des näher stehenden aus.

12) Württemb. Landr. Th. II. Tit. 16. — Bayreuther Landesconstitution Tit. 6. §. 7. — Hohenloh. Landr. Th. III. Tit. 5. §. 11. 12. — v. Kamptz, Mecklenb. Civilr. §. 129. — Grefe, Leitfaden II. §. 126. — Sachse, Handbuch des Großh. Sächs. Privatrechts §. 345. Auch dieses Näherrecht scheint sehr alt zu sein, s. Grimm, Rechtsalterthümer S. 531., und kommt in den Schweizer Oeffnungen als das Vorkaufsrecht der Getheilten (Inhaber der Theilrechte an der Allmende?) vor, s. Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I. S. 268—70. Vielleicht ist aber hier mit Bluntschli ein Gespilderecht anzunehmen. — Ganz willkührlich ist es, wenn Renaud, Zeitschrift für deutsches Recht VIII. S. 241 ff. annimmt, die übrigen Näherrechte hätten sich aus der Erblosung entwickelt.

13) Mainzer Landr. Tit. 24. §. 3. — Bayreuther Landesconstitution Tit. 6. §. 8. — Walch a. a. O. S. 464. — Wächter, Handbuch I. S. 520. — Arnold, Beiträge II. S. 214. Note 1.

14) Hadeler Landr. Th. II. Tit. 11. — Kehdinger Landr. Tit. 21. §. 1. — Bayreuther Landesconstit. a. a. O. §. 6. — Hohenloh. Landr. a. a.

d. Das Gespilderecht, Theillosung (retractus ex jure congrui). Eigenthümer von Grundstücken, welche früher zusammen gehörig, von einander getrennt sind, können, wenn eins derselben zum Verkaufe kommt, ein Näherrecht geltend machen. Begründete die ursprüngliche Verbindung die Gemeinschaft der Zins- und Frohnpflicht, so heißt der Retract Zins- und Frohnlosung[15]).

e. Das Näherrecht aus dem Miteigenthume (retractus ex jure condominii). Es kommt entweder in einer allgemeineren Anwendung vor[16]), oder für besondere Verhältnisse bei Ganerbschaften[17]), Häusern unter Einem Dach (Dachlosung)[18]) und in andern Fällen[19]).

f. Der Lehenretract; s. unten §. 166. Nr. VI.

g. Der gutsherrliche Retract, bei dem Verkauf der im Obereigenthum einer Grundherrschaft befindlichen Bauergüter[20]), nicht mit dem Recht der Einwilligung in Veräußerungen zu verwechseln.

O. §. 13. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 650–57. — J. H. Boehmer, exercitt ad pand. III. exerc. 51. cap. 2. — Pufendorf, observatt. jur. III. Nr. 41. §. 2. — Prosch, das Recht der Nachbarn §. 6. — v. Kamptz a. a. O. §. 131. — Seuffert X. Nr. 77. Ueber das hohe Alter dieses Retracts s. Reyscher II. §. 427. Note 5. Unter „Fürnossen" sind die Börgenoten, Furchgenossen zu verstehen, welche eine gemeinschaftliche Grenzfurche zwischen benachbarten Ländereien haben; s. Haltaus I. p. 550. Das Nachbarrecht kommt jedoch auch als Recht der ländlichen Gemeindegenossen (vicini) vor, s. Homeyer, die Haus- und Hofmarken S. 179.

15) Hohenloh. Landr. a. a. O. §. 9. 14. — Württemb. Landr. Th. II. Tit. 16. — Walch a. a. O. S. 480. 626. 635. 650. 660. — Sachse a. a. O. §. 344. — J. H. Boehmer l. c. — Kind, quaest. for. (edit. II.) Nr. 74. — Pauli a. a. O. S. 142. Note 232. Das Wort Gespilde kommt von spalten, Goth. spilda, Scheit Holz, abgespaltener Theil, Mittelhochdeutsch spelte, Scheit, Brett, Plattdeutsch spilden, zertheilen, verstreuen.

16) Lüneburg. Stadtr. Th. II. Tit. 5. — Saarbrücker Landr. Cap. II. Art. 4. §. 2. — Bayreuther Landesconstit. a. a. O. §. 5. Vgl. Roth, Bayr. Civilr. II. §. 142.

17) Frankf. Reformation Th. II. Tit. 4. §. 1. — Tit. 5. §. 1. 2. — Beseler, Lehre von den Erbverträgen I. S. 83. Note 28. Es ist ein Mißverständniß, wenn man den Retract aus dem Miteigenthume als retractus ex jure ganerbinatus bezeichnet.

18) Brumhardt, Zeitschrift für deutsches Recht XIII. S. 160.

19) S. z. B. Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 5. Auch bei dem Verkauf von Schiffsparten kommt unter Mitrhedern ein Retractrecht vor (Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 8. §. 1437—38. vgl. mit Th. I. Tit. 20. §. 573.), welches in diesem Fall ausnahmsweise auf bewegliche Sachen geht. S. jedoch H. G. B. Art. 470. und unten §. 261. Note 9.

20) Baier. Landr. Th. IV. Cap. 5. §. 14. — Bayreuther Landesconst. a. a. O. §. 9. — Bluntschli a. a. O. I. S. 269. — Walch a. a. O. S. 397 ff. giebt diesem Näherrecht eine viel zu große Ausdehnung; über den Unterschied, der

Andere Näherrechte, wie die der früheren unmittelbaren Reichsritterschaft, des landsässigen Adels bei dem Verkauf von Rittergütern haben, obgleich späteren Ursprungs, entweder nur noch eine geschichtliche Bedeutung oder hangen mit anderen, hier nicht näher zu erörternden Rechtsverhältnissen zusammen[21]).

§. 94.

Das Näherrecht. (Fortsetzung).

Der ursprüngliche Zweck des Näherrechts in seiner volksthümlichen Bedeutung ist darauf gerichtet, gewissen Personen wegen ihrer Stellung in der Familie oder Gemeinde oder in Folge besonderer Eigenthumsverhältnisse einen Vorzug bei der Veräußerung fremder Grundstücke zu gewähren, ohne die Veräußerung selbst zum Nachtheil des Eigenthümers zu beschränken. Daher findet es sich nur bei dem Kaufgeschäfte[1]), bei welchem es für den Verkäufer in der Regel nur auf die Höhe und Sicherheit des Kaufpreises ankommt, und zwar ausschließlich zum persönlichen Vortheile des Berechtigten, so daß die Ausübung des Rechts zum Besten eines Dritten und die Abtretung an einen andern durchaus verboten ist[2]). Außerdem aber hatte man das Institut mit solchen

---

zwischen demselben und dem Vorkaufsrecht bei der römischen Emphyteuse besteht, s. Glück, Commentar XVI S. 173–74.

[21]) Vgl. Walch a. a. O. S. 419–56. Im älteren Rechte findet sich auch ein Näherrecht des Zinsherrn an dem belasteten Grundstücke, s. Kraut, Grundriß §. 109. Nr. 30. 31.

[1]) Nur ausnahmsweise kommt auch bei der Pfandsetzung, unter welcher wohl die ältere Form mit Besitzübertragung zu verstehen ist, ein Näherrecht vor, s. Hadeler Landr. Th. II. Tit. 6. (Pufendorf l. c. I. p. 16.). — Saarbr. Landr. Cap. II. Art. 4. (Das „Verlauhen", Verleihen ist hier auf die Erbpacht zu beziehen, s. §. 6., während im Butjadinger Landr. Art. 29. auch bei der Verpachtung der Ländereien auf Zeit ein Näherrecht gegeben ist.) Vgl. Brumhard, Zeitschrift für deutsches Recht XIII. S. 158.

[2]) Dies ist in fast allen Statuten vorgeschrieben und beruht auf der Natur des Instituts, wie es sich positiv ausgebildet hat. Im Fall des Verdachts mußte der Nähergelter schwören, daß er sein Recht für sich selbst ausübe. Dies gilt nicht blos, wie Mittermaier, Grundsätze II. §. 287. Note 20. angiebt, in der Praxis einzelner Länder, sondern ist in vielen Gesetzen ausdrücklich so angeordnet, s. Statut des alten Landes, bei Pufendorf l. c. p. 44. — Solms. Landr. Tit. 12. — Trier. Landr. Tit. 20. §. 50. bei v. d. Nahmer a. a. O. II. S. 675. — Hohenloh. Landr. Th. III. Tit. 5. §. 16. — Zweibrücker Untergerichtsordnung Cap. 106. — Württemb. Landr. Th. II. Tit. 16. a. E. — Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 4. — Baier. Landr. Th. IV. Cap. 5. §. 12. (vgl. jedoch §. 14.). — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 594. Gewöhnlich ist dann zugleich bestimmt, daß der Nähergelter den Eid des Verkäufers

Einrichtungen umgeben, welche geeignet erschienen, es schnell und bestimmt festzustellen, ob der Nähergelter von seinem Rechte Gebrauch machen wollte oder nicht, und also eine dem Geschäftsverkehr nachtheilige Verzögerung zu verhindern. Um diesen Zweck zu erreichen, hat man zwei Mittel angewandt. Wo es sich blos um das Näherrecht weniger, in der Regel genau bekannter Personen handelte, der nächsten Erben oder der unmittelbar angrenzenden Nachbaren, da hatte der Eigenthümer diesen den Vorkauf anzubieten[3]); war aber die Zahl der Berufenen größer, wie bei der Erblosung, so wandte man das Mittel der öffentlichen Verkündigung an, und gab dadurch den Betheiligten Gelegenheit, von ihrem Rechte Gebrauch zu machen[4]). In beiden Fällen konnte dann eine kurze Frist zur Abgebung der Erklärung gesetzt werden, und nur für den Abwesenden war wie bei der Auflassung eine Fristerstreckung bis zur Zeit der Wissenschaft erforderlich. War aber das Angebot oder die Verkündigung unterlassen oder nicht gehörig geschehen, so war entweder der abgeschlossene Verkauf nichtig[5]), oder der übergangene Nähergelter war befugt, binnen einer gewissen Frist in das Geschäft einzutreten, und dies war die gewöhnliche Folge[6]).

---

fordern kann, wenn derselbe einer Simulation bei Angabe des Kaufpreises verdächtig erscheint.

[3]) Lüb. Stadtr. B. I. Tit. 10. Art. 6. — B. III. Tit. 7. Art. 1. — Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 4. — Bremisches Ritterr. Tit. XIII. §. 1.

[4]) Vgl. oben §. 91. Note 13. — Hadeler Landr. Th. II. Tit. 11. — Statut des Amtes Hagen ad IV. bei Pufendorf l. c III. app. p. 8. — Wurstener Landr. Tit. 6. eod I. app. p. 72. — Schweizer Oeffnungen bei Bluntschli a. a. O. S. 168—70. — Solmſ. Landr. Tit. 12. — Nassau-Katzenelnbogische Landordnung I. Cap. 5. §. 5. — Mainzer Landr. Tit. 24. §. 7. — Zweibr. Untergerichtsordnung Cap. 106. — Wimpfen. Stadtr. Th. III. Tit. 4. §. 16. — Württemb. Landr. Th. II. Tit. 16.

[5]) Bremisches Ritterr. a. a. O. §. 1.

[6]) Die älteren Quellen schreiben gewöhnlich vor, daß, wenn der Eigenthümer einen Verkauf beabsichtigt, derselbe angeboten oder verkündigt werden soll, um den Betheiligten Gelegenheit zur Ausübung ihres Rechts zu geben, und erst wenn mit ihnen das Geschäft nicht zu Stande kommt, wird der Verkauf frei; später wird die Verkündigung des abgeschlossenen Geschäftes gewöhnlich, und das Vorkaufsrecht dadurch zum Einstandsrecht. In beiden Fällen konnte das Näherrecht aber selbständig gegen den dritten Besitzer geltend gemacht werden; s. Oeffnung von Nossikon bei Bluntschli a. a. O. S. 270. „Beschech aber daz einer die guoter nit veil butte in vorgeschribner wise, so möcht je der nechste einem frömden die gueter abzühen mit dem rechten und den köff bezaln und fünf schilling pfenning minder geben alz denn vorgeschriben ist, denn der summ, als der ungenoß geköft hat."

Wie nun die romanisirenden Juristen überhaupt den deutschen Rechtsformalismus nicht zu fassen und weiter zu führen verstanden, so geschah es auch bei dem Näherrecht [7]). Sie erkannten wohl die wichtigen Formen des Angebots und der Verkündigung und behielten sie zum Theil in den von ihnen ausgearbeiteten Gesetzen bei, aber sie nahmen der ersteren Einrichtung wieder ihre Bedeutung, indem sie eine Erklärung des Nähergelters auf das Angebot nicht für nothwendig hielten, dieselbe auch nach der strengen Regel über die Auslegung des Verzichts beurtheilten, überhaupt aber die kurzen Fristen des älteren Rechts mit der von Jahr und Tag vertauschten, und so dahin gelangten, den Retract als ein selbständiges, von seiner geschichtlichen Entwickelung und thatsächlichen Voraussetzung abgetrenntes Recht aufzufassen [8]). Dadurch wurde dann das ganze Institut, welches überhaupt auf Zeiten berechnet war, in denen der Grundbesitz nicht als eine Waare betrachtet wurde, eine schwere Last. Die neueste Gesetzgebung hat es in dem größten Theile Deutschlands ganz aufgehoben oder doch wesentlich beschränkt [9]).

---

[7]) Die wichtigsten Bearbeitungen sind: Andr. Tiraquellus, de utroque retractu, municipali et conventionali, commentarii duo (opp. tom. III. Francof. 1574. fol.). — A. Gaill, pract. observatt. II. Nr. 19. — Th. Reinking, de retractu consanguinitatis. Marp. 1631. 4. — S. Stryk, tractatus de successione ab intestato (zuerst Francof. 1687. 4.) diss. VI. — C. F. Walch, das Näherrecht. 3. Aufl. Jena 1795. (eine unerquickliche Arbeit, trotz des fleißig zusammen getragenen Materials dürftig, in der Rechtsentwickelung ungesund und verfehlt.)

[8]) Chursächs. Constitutionen v. 1572. P. II. const. 32. — — „wo auß Statuten oder verwerter Gewonheit herbracht, daß Freunden oder jemands anders der Vorkauff zustehet, und der so das gut verkauffen will, läßt es demselbigen ankündigen, er thut sich aber dessen verzeihen, so mag dann das gut einem andern verkaufft werden. Wo aber solche denunciation nicht geschicht, oder der so die Nehergeltung hat, den Kauff gäntzlich nicht abschlägt, sondern Bedenckzeit nimmet, ob er Gelt könte auffbringen oder dergleichen, so soll er innerhalb Jahres Frist nochmals zuläßlich seyn, obgleich das Gut verkaufft, und einem andern tradirt, den Kauff zu hinderziehen, auch das Kauffgeld und die Besserung, da die aufgewandt, zu erstatten." In Württemberg und anderswo versah man es besonders dadurch, daß nach der Verkündigung dem Nähergelter eine Frist von Jahr und Tag gegeben wurde, was viel zu lang war; auch sonst aber ist das Landrecht in dieser Lehre mißrathen, s. Wächter, Handbuch I. §. 44. 73. — Die beste Arbeit hat Joh. Fichard im Solmsischen Landrechte geliefert. — Die zuerst von Cujacius als V. F. 13. dem longobardischen Lehenrechte angehängte, später von Pertz (L. L. II. p. 332—33.) vollständig veröffentlichte constitutio Friderici II. de jure protomiseos hat in Deutschland nie gesetzliche Kraft erhalten, wenn auch einzelne Juristen sie mehr wie billig berücksichtigt haben. Auch Renaud, Zeitschr. für deutsches Recht VIII. S. 245—46. scheint über das Verhältniß dieses Gesetzes sich nicht klar gewesen zu sein, obgleich er es richtig als nicht recipirt bezeichnet; es ist höchst wahrscheinlich für Neapel und Sicilien erlassen worden.

[9]) In Oesterreich wurde das gesetzliche Näherrecht durch das Josephinische bürgerliche Gesetzbuch Cap. II. §. 4. 6. und das Patent v. 8. März 1787.

I. Die allgemeine Natur des Rechtsverhältnisses, um welches es sich hier handelt, wird am Besten mit dem Ausdrucke Näherrecht bezeichnet. Indem dasselbe sich als die Befugniß darstellt, einen fremden Käufer auszuschließen und statt seiner in das Geschäft einzutreten, wird es Einstands- oder Vorkaufsrecht genannt; auf die unbedingte Wirksamkeit dieses Rechts, welches gegen jeden dritten Besitzer der verkauften Sache geltend gemacht werden kann, beziehen sich die Ausdrücke: Zugrecht, Retract, während Abtrieb und Losung, ersteres besonders im fränkischen, letzteres im schwäbischen Recht, die allgemeinere Bedeutung von Näherrecht wiederholen. Es ist nun aber nicht zu übersehen, daß der verschiedene Sinn dieser Worte in den Rechtsquellen gewöhnlich nicht streng geschieden wird, indem man dieselben neben einander als gleichbedeutend oder zur Bezeichnung der verschiedenen Seiten desselben Rechtsverhältnisses gebraucht[10]). Der Zweck desselben ist, ein Vorrecht bei dem Kaufe zu gewähren; die Klage gegen den dritten Besitzer ist nur Eines der zu diesem Behuf angewandten Mittel. Es ist daher verfehlt, auf dieses Moment ein ausschließliches Gewicht zu legen, und erst nach Vollziehung des Kaufgeschäftes das Näherrecht für begründet zu halten[11]). Dasselbe ist vielmehr schon mit dem Abschlusse des Vertrags wirksam[12]); die Frage aber, ob die Ausführung desselben

---

aufgehoben, s. Winiwarter, das österr. bürgerliche Recht IV. S. 281. Note *; in Schleswig-Holstein durch das Gesetz v. 8. Febr. 1794., in Baden durch das Gesetz v. 21. Juli 1839, in Bremen durch die Erbe- und Handfestenordnung v. 1833. §. 12. In Preußen kommt es nach dem Edict v. 9. Oct. 1807. §. 3. und der Ablösungsordnung v. 2. März 1850. §. 4. nur bei dem Miteigenthume und bei der Enteignung nach dem Gesetze v. 11. Juni 1874. §. 57. zur Anwendung (Dernburg, Pr. Privatr. I. §. 380.); in Baiern gilt nur noch das Näherrecht aus dem Miteigenthume, s. Roth, bayr. Civilr. II. §. 142.; in Sachsen-Weimar das Gespilde- und Marklosungsrecht, s. Sachse, Handbuch §. 342; in Württemberg seit dem Gesetze v. 2. März 1815. nur die Erblosung bei lehenbaren Stammgütern, s. Wächter, Handbuch I. §. 91. Vgl. Mittermaier, Grundsätze II. §. 284. Note 33. — Renaud in der Zeitschrift für deutsches Recht VIII. S. 248—51.

10) S. z. B. Lüb. Stadtr. B. III. Tit. 7. Rubr. de jure protomiseos. „Von dem Rechte, welches vermag, daß einer den andern von gethanem Kauff abtreiben kan, Kauffs-Einstandt-Recht genannt." — Hamb. Stadtr. Th. II. Tit 8. Art. 4. „Wann jemandt in dieser guten Stadt des juris retractus oder Vorkauffs genießen, und in den kauff treten wil." — Mainzer Landr. Tit. 24. Rubr. „Vom Abtrieb-Recht, Einstand oder Näher-Kauff."

11) Diese Ansicht ist vertheidigt von Walch, das Näherrecht S. 88. — Renaud a. a. O. S. 257. 267. — Erk. des O. A. Gerichts zu Jena bei Seuffert X. Nr. 193.

12) Eichhorn, Einleitung §. 100. — Liv-, Esth- und Curländisches Privatrecht, amtliche Zusammenstellung v. J. 1864. Art. 1621. — Reyscher II.

nicht durch den Rücktritt der ursprünglichen Contrahenten verhindert werden kann, läßt sich weder unbedingt bejahen noch verneinen, und ist auch nicht darnach zu entscheiden, ob der Kauf schon vollzogen war oder nicht. Es wird vielmehr darauf ankommen, ob der Rücktritt geschieht, um den Nähergelter an der Ausübung seines an sich vollkommenen Rechts zu verhindern oder aus andern Gründen. Im ersten Fall, der im Zweifel anzunehmen, wenn die Absicht, in den Kauf einzutreten, den Betheiligten schon angezeigt worden ist, erscheint die Wiederauflösung des Geschäftes unzulässig[13]).

II. Da das Näherrecht auf keinem bestimmten Obligationsgrunde, sondern auf einer persönlichen Eigenschaft oder einem Eigenthumsverhältnisse des Berechtigten beruht, und gegen jeden dritten Besitzer der verkauften Sache geltend gemacht werden kann, so ist es klar, daß es über die Grenzen blos obligatorischer Beziehungen hinausgeht. Betrachtet man nun allein die Wirksamkeit der Klage, so ließe diese sich, wenn sie gegen den dritten Besitzer angestellt wird, noch immer als eine actio in rem scripta in dem weiteren Sinn, welchen die neuere Jurisprudenz mit derselben verbindet, auffassen; aber das Rechtsverhältniß selbst, aus welchem sie entspringt, findet darin nicht seinen Ausdruck, was sich am deutlichsten herausstellt, wenn dem Nähergelter sein Klagegrund bestritten wird[14]). In diesem Fall ist mit der Forderung auf Herausgabe der Sache der Antrag auf Anerkennung des Rechts zu verbinden, und dieser Umstand entscheidet überhaupt dafür, daß das ganze Rechtsverhältniß und die daraus hervorgehende Klage als dinglich bezeichnet werden, letztere also auch vor dem Gericht der belegenen Sache angestellt werden kann. Die gewöhnlichen, im römischen Rechte wurzelnden Kategorien der verschiedenen Klagen bieten allerdings für die richtige Beurtheilung dieses besonderen Verhältnisses manche Schwierigkeit, und so erklärt sich der Streit der Meinungen in dieser Frage[15]).

---

§. 430. Am Deutlichsten ergiebt sich dieser Grundsatz aus den gesetzlichen Bestimmungen, welche die dem Nähergelter gesetzten Fristen von dem Angebot oder der Verkündigung oder von der Zeit der Abschließung an laufen lassen; vgl. oben Note 4. und Wächter, Handbuch I. S. 548. Note 102.

13) Pufendorf, observatt. jur. III. obs. 40. §. 5. Andere Ansichten bei Walch a. a. O. S. 281—82. — Glück, Commentar XVI. S. 196—99. — Renaud a. a. O. S. 268—69. — Seuffert XI. Nr. 79 XIII. Nr. 111.

14) Ist es doch sogar vorgekommen, daß in possessorio über ein Retractrecht gestritten worden; s. Walch a. a. O. S. 571. Anhang Nr. 16.

15) Walch a. a. O. S. 233 ff. — Renaud a. a. O. S. 256—58. — Liv-Esth- und Curländ. Privatr. Art. 1614. „Das Näherrecht ist ein dingliches Recht". — Vgl. Laband, Archiv für civ. Praxis LII. S. 166 ff. 183 ff. Der Vergleich, der hier zwischen dem Näherrecht und der Enteignung gemacht wird,

III. Wenn gleich das Näherrecht sich von dem rein obligatorischen Vorkaufsrechte durch seine Dinglichkeit unterscheidet, so ist doch zu erwägen, ob es nicht durch einen Vertrag, der ja nicht nothwendig, wenn auch in der Regel eine blos obligatorische Wirkung hat, bestellt werden kann. Dabei ist zunächst von dem Fall abzusehen, wenn durch Privatwillkühr ein Rechtsverhältniß begründet wird, mit welchem ein Näherrecht gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich verbunden ist, z. B. ein Lehenverhältniß: denn hier ist nicht das Näherrecht selbst, sondern seine thatsächliche Voraussetzung Gegenstand des Vertrags. Im Uebrigen muß aber an dem Grundsatz festgehalten werden, daß das Näherrecht in seiner dinglichen Wirkung ein anomalisches Rechtsinstitut ist, durch Gesetz und Gewohnheit zur Befriedigung individueller Bedürfnisse ausgebildet und an bestimmte thatsächliche Verhältnisse geknüpft[16]). Eine solche Einrichtung kann nicht beliebig durch Privatwillkühr ausgedehnt und auf verwandte Fälle übertragen werden[17]). Doch haben Particularrechte die Bestellung des Näherrechts durch Vertrag („den bedungenen oder bedingten Retract") zum Theil günstiger behandelt, indem sie ihn überhaupt zugelassen[18]), oder doch dem vertragsmäßigen Vorkaufsrechte, wenn es in das Hypothekenbuch eingetragen worden ist, eine dingliche Wirkung beigelegt haben[19]).

---

ist zwar in gewisser Hinsicht zutreffend, bietet aber doch für die juristische Construktion der beiden ihrer Natur nach verschiedenen Institute keinen sicheren Anhalt.

[16]) Die anomalische Natur des Näherrechts beschränkt auch die Anwendung desselben dem Gegenstande nach, so daß, wenn es für Grundstücke eingeführt ist, Gerechtigkeiten, welche denselben sonst gleich stehen, ihm deswegen noch nicht unterworfen sind; s. Arnold, Beiträge II. S. 213. Note 3.

[17]) v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen IV. Nr. 7. — Eichhorn, Einleitung §. 101. — Mittermaier, Grundsätze II. §. 286. — Seuffert III. Nr. 87. — Renaud a. a. O. S. 258—63. hält die Analogie des Pfandrechts für zutreffend; Andere erkennen den testamentarischen, nicht aber den bedungenen Retract an, s. Walch S. 303. 497—506. — Glück a. a. O. S. 167—72. Für beide Fälle muß aber dasselbe Princip maaßgebend sein; die älteren Gesetze berühren indessen meines Wissens den testamentarischen Retract gar nicht, was denn wohl auf die geringe practische Bedeutung der Frage über seine Gültigkeit hinweist.

[18]) Württemb. Landr. Th. II. Tit. 16. vgl. Wächter, Handbuch. S. 535—39. — Baier. Landr. Th. IV. Cap. 5. §. 17.

[19]) Chursächs. Constitutionen v. 1572. P. II. const. 32. — Bayreuther Landesconstitution v. 1722. Tit. V. §. 10. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 569. „Ein durch Vertrag oder letztwillige Verordnung bestelltes Vorkaufsrecht ist in der Regel nur ein persönliches Recht, wodurch nur der gegenwärtige Eigenthümer und dessen Erben verpflichtet werden. §. 570. Die Eigenschaft eines dinglichen Rechts erlangt dasselbe, bei unbeweglichen Sachen, erst durch die Eintragung in das Hypothekenbuch. §. 572. Auf bewegliche Sachen kann ein Vor-

IV. Ein gemeines Recht in dem Sinne, daß es ohne bestimmte Begründung im Particularrechte zur Anwendung gebracht werden könnte, ist das Näherrecht nicht; auch nicht die Erblosung, welche in früherer Zeit wohl sehr verbreitet, aber doch ihrer Beschaffenheit und dem Umfange ihrer Geltung nach durchaus nicht gleichmäßig entwickelt war[20]). Das Näherrecht gehört daher, abgesehen vom Lehenretract, der in dem longobardischen Lehenrecht seine allgemeine Begründung gefunden hat, dem bedingt gemeinen Rechte an (vgl. oben §. 2.).

V. Das Näherrecht findet nur bei dem Kaufe und den demselben rechtlich gleichstehenden Geschäften statt, wohin namentlich die Angabe an Zahlungsstatt zu rechnen ist, nicht aber der Tausch, schon weil die Gegenleistung hier eine individuelle ist[21]). Auch bei dem s. g. Menge- oder Klumpenkauf, wenn mehrere an sich getrennte Sachen zum Gegenstande desselben Geschäftes gemacht werden, ist der Nähergelter in der Ausübung seines Rechts in Betreff der dem Retract unterworfenen Sachen nicht beschränkt, da ihm dasselbe vom Eigenthümer nicht einseitig verkümmert werden darf; es wird also eine Auseinandersetzung wegen des Preises eintreten müssen, wenn das ganze Geschäft nicht zurückgehen soll[22]). Ebenso schließt die gerichtliche Versteigerung das Näherrecht nicht aus, obgleich Particularrechte oft das Gegentheil bestimmt haben[23]).

VI. Der Nähergelter soll sein Vorrecht ungeschmälert behaupten, der Verkäufer aber durch dasselbe keinen Schaden leiden. Jener kann daher keine vortheilhafteren Bedingungen verlangen, als der erste Käufer, braucht sich aber auch keine ungünstigeren gefallen zu lassen; er hat vielmehr in das Geschäft einzutreten, so wie es ursprünglich abgeschlossen ist. Da nun aber ein Kauf auf Credit nur in Folge besonderer Verabredung und auf Grund persönlichen Vertrauens abgeschlossen wird, so

kaufsrecht, in der Eigenschaft eines dinglichen Rechts, durch Vertrag oder letztwillige Verordnung gar nicht bestellt werden." Oesterr. Gesetzb. §. 1073.

20) Auch Andr. Gaill. (pract. observatt. II. obs. 19. nr 1.) behauptet nicht, wie man wohl angegeben findet, daß die Erblosung ein gemeinrechtliches Institut sei und keiner Anerkennung im Particularrechte bedürfe; sondern er sagt nur, daß der Retract überhaupt ex generali quadam consuetudine fast überall in Deutschland vorkomme.

21) Baier. Landr. a. a. O. §. 9. — Pr. A. L. R. a. a. O. §. 575—76.

22) Kind, quaest. for. (edit. II.) II. cap. 76. — Renaud a. a. O. S. 265. — Seuffert a. a. O. XV. Nr. 236. XVII. Nr. 81. Abweichende Ansichten bei Glück a. a. O. S. 182. Die Statuten stimmen gleichfalls unter einander nicht überein, s. Solms. Landr. Tit. 12. — Hohenloh. Landr. Th. III. Tit. 5. §. 18. — Baier. Landr. a. a. O. §. 12.

23) v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen II. Nr. 56. — Vgl. Mainzer Landr. Tit. 14. §. 6. — Hohenloh. Landr. a. a. O. §. 19. — Baier. Landr. a. a. O. §. 9. u. a.

folgt schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß vor Auszahlung oder Niederlegung des Kaufpreises der Nähergelter die Herausgabe der verkauften Sache nicht verlangen kann; und Particularrechte haben dies zum Zweck der Rechtssicherheit noch näher ausgeführt, und das Anerbieten zur Zahlung des Kaufpreises zu einer wesentlichen Bedingung für die Ausübung des Näherrechts gemacht[24]).

a. Der Nähergelter muß den bedungenen Kaufpreis bezahlen, und überhaupt die Verbindlichkeit des Käufers übernehmen. Sind Nebenberedungen hinzugefügt, welche die Natur des Geschäftes nicht verändern, aber eine Schätzung in Geld nicht zulassen, und wegen ihrer individuellen Beschaffenheit von dem Nähergelter nicht erfüllt werden können, so darf sein Recht nicht darunter leiden. Das erfordert der gute Glaube. Ist dagegen der Kauf mit einem andern Geschäfte vermischt, welches seinen selbständigen Zweck hat, und von dem Kaufe nicht getrennt werden kann, z. B. ein auf persönliche Pflege gerichteter Alimentationsvertrag, so ist das Näherrecht ausgeschlossen[25]). Abminderung des Preises aus Rücksicht für den ersten Käufer (der s. g. Freundschafts- oder Gnadenkauf) kommt auch dem Nähergelter zu Gute, denn sein Recht beschränkt ja den Eigenthümer in der freien Verfügung über die Sache[26]).

---

24) Auf diesen Punkt, nicht aber wie im älteren Recht auf Angebot oder Verkündigung von Seiten des Verkäufers, werden die Solennia retractus vorzugsweise in der Jurisprudenz bezogen. A. Gaill, pract. observatt. II. obs. 19. nr. 7. — Walch a. a. O. S. 188 ff. — Glück a. a. O. S. 188—89. — Renaud a. a. O. S. 279. — Seuffert II. Nr. 217. IX. Nr. 198. vgl. XI. Nr. 78b. 274. XIII. Nr. 111. — Solms. Landr. Tit. 12. — Statut des alten Landes bei Pufendorf, observatt. jur. IV. p. 43. — Budjabinger Landr. Art. 23. (I. c. p. 605.) — Kehdinger Landr. Tit. 21. l. c. I. p. 156. — Württemb. Landr. Th. II. Tit. 24. (vgl. Wächter a. a. O. S. 542.) — Mainzer Landr. Tit. 24. §. 4. 5. 8. — Baier. Landr. a. a. O. §. 5—7. — Hohenloh. Landr. a. a. O. §. 23. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 602—7. 632 ff.

25) Die richtigen Vorschriften über diese allerdings schwierigen Verhältnisse hat das Pr. A. L. R. a. a. O. §. 578—83. Vgl. Pufendorf, observatt. jur. III. obs. 40. §. 6. — Seuffert XI. Nr. 73. XIII. Nr. 109.

26) Seuffert XIII. Nr. 110. Das Baier. Landr. a. a. O. §. 9. entzieht überhaupt die Freundes- oder Gnadenkäufe dem Näherrecht, dagegen bestimmt das Pr. A. L. R. a. a. O. §. 584. „Das Vorkaufsrecht findet nicht statt, wenn der Besitzer die Sache seinem nächsten gesetzlichen Erben noch unter Lebendigen käuflich überläßt. §. 585. Außer diesen Fällen kann das Vorgeben einer besonderen Zuneigung des Verkäufers gegen den Käufer, den Vorkaufsberechtigten an der Ausübung seines Rechts nicht hindern.“ In Uebereinstimmung mit der ersten Vorschrift hatte sich auch in Württemberg ein festes Gewohnheitsrecht gebildet, welches bei dem Verkauf der Eltern an die Kinder das Näherrecht ausschloß; s. Wächter a. a. O. S. 546. Note 98. Ich vermuthe, daß man dabei hauptsächlich an die Gutsabtretung mit Altentheil gedacht hat, die irrthümlich nicht selten als Kaufgeschäft aufgefaßt worden ist.

b. Das Näherrecht hindert an sich nicht den Uebergang des Eigenthums der verkauften Sache auf den Käufer; es geht aber belastet mit der Möglichkeit des Retracts auf ihn über, und wenn daher der Nähergelter sein Recht ausübt, so wird jener Eigenthumsübergang rückwärts aufgelöst. Daher geht die Retractsklage gegen jeden späteren Inhaber, ohne daß der Nähergelter andere Verbindlichkeiten als die aus dem ersten Kaufe sich herschreibenden zu übernehmen hätte. Ob im Uebrigen der Inhaber als Besitzer im guten oder im bösen Glauben zu behandeln ist, hängt von den Umständen ab; nur läßt sich im Allgemeinen die, besonders wegen der Verwendungen und der Fruchtvertheilung wichtige Regel aufstellen, daß der Inhaber erst durch das Anerbieten des Kaufpreises in Verzug gesetzt wird[27]).

VII. Wo nicht im Sinne des älteren Rechts bestimmte Formen des Angebots bestehen, da wird im Allgemeinen eine Erklärung des Nähergelters über seine Absicht, ob er von dem ihm zustehenden Rechte Gebrauch machen oder darauf verzichten will, nicht zu erzwingen, und eine stillschweigende Entsagung nur dann anzunehmen sein, wenn die Umstände mit Sicherheit darauf schließen lassen[28]). Das Angebot hat jedoch immer die Wirkung, den Nähergelter von dem Abschluß des Verkaufs in Kenntniß zu setzen, und das ist von besonderer Wichtigkeit, weil die ihm gesetzte Frist in der Regel erst von diesem Zeitpunkte an läuft. Die Dauer der Frist ist gemeinrechtlich Jahr und Tag[29]);

---

27) v. Bülow und Hagemann a. a. O. III. Nr. 2. — Seuffert XII. Nr. 56. Das Solmsische Landrecht a. a. O. hat genaue Bestimmungen darüber, wie der Käufer sich zu verhalten hat, bis er vor dem Abtrieb sicher gestellt ist, das Württemb. Landr. a. a. O. über Früchte und Verwendungen. S. auch Baier. Landr. a. a. O. §. 6., und über einzelne Rechtsfragen Seuffert X. Nr. 194. XI. Nr. 77.

28) Die Verhältnisse müssen ex bona fide erwogen werden, wobei auf Sitte und Volksmeinung bei der Auslegung der Rechtsgeschäfte Rücksicht zu nehmen ist; auch zeigt sich die ältere Rechtsanschauung in Particularrechten noch vielfach wirksam, s. Mainzer Landr. Tit. 24. §. 10. „Obschon einer bei einem Privat-Kauff zugegen gewesen, oder wann es ihme vor dem Verkauff wäre feil gebotten worden um denselbigen Werth, wofür es hernach an einen Andern verkaufft, und es damahlen nicht zu kauffen verlangt hätte, so mag er nachgehends alsdann zum Abtrieb nicht zugelassen werden." — Baier. Landr. a. a. O. §. 13. Zu weit geht jedenfalls in der Begünstigung des Nähergelters Renaud a. a. O. S. 281—83.

29) Darüber besteht keine Meinungsverschiedenheit, s. auch II. F. 9. §. 3. — 26. §. 14. (unten §. 166. Nr. 26. 27.) Ueber die Berechnung des Tages s. §. 51. Note 13—15., doch wird auch bei der Verjährung der Retractsklage zuweilen der Tag nur zu 24 Stunden berechnet, s. Wächter, Handbuch I. S. 540. — Pauli, das Recht der Erbgüter S. 179. Unbedingt und ohne Rücksicht auf die Zeit der Wissenschaft tritt die Klagenverjährung von 30 Jahren subsidiarisch ein, s. Glück

doch haben die meisten Particularrechte eine weit kürzere Zeit gegeben[30]).

VIII. Wenn mehrere Näherrechte collidiren, so kommt es darauf an, ob sie von derselben oder von verschiedener Art sind. Im ersten Fall entscheidet bei der Erblosung das bessere Erbrecht[31]), während sonst in der Regel zwischen den Ansprüchen aus demselben Rechtstitel kein Unterschied besteht, und daher, wenn eine Theilung nicht zulässig ist, die Prävention und zuletzt das Loos entscheiden müssen[32]). Auch die verschiedenen Arten des Näherrechts stehen gemeinrechtlich einander gleich[33]), und es kann daher der Vorrang unter ihnen aus der Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses selbst nicht entnommen werden, so daß wieder mit Ausschluß der Theilung, welche für diesen Fall nirgends gestattet ist, Prävention und Loos denselben bestimmen. Das Zusammentreffen mehrerer Näherrechtstitel in derselben Person kann für diese den Ausschlag nicht geben, da auf dem Rechtsgebiet ohne ausdrückliche Vorschrift das Gewicht der Gründe nicht durch die Zahl ersetzt wird[34]).

---

a. a. O. S. 190., umgekehrt kommt den Minderjährigen auch hier ihre Rechtswohlthat zu statten, s. v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen V. Nr. 25. Ueber die erlöschende Verjährung beim Näherrechte vgl. überhaupt Seuffert VIII. Nr. 283. IX. Nr. 199. XI. Nr. 275.

30) Sehr häufig ist die Frist auf 12 Wochen festgesetzt, zuweilen auch noch kürzer. Solms. Landr. Tit. 12. — Nassau-Katzenelnbogische Landordnung Th. I. Cap. 5. §. 5. — Mainz. Landr. Tit. 24. §. 1. 3. — Zweibr. Untergerichtsordnung Cap. 106. — Bayreuth. Landesconst. Tit. VI. §. 11. — Hohenloh. Landr. Th. III. Tit. 5. §. 23. — Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 4. — Wursten. Landr. (Pufendorf, observatt. jur. I. app. p. 72.). — Oesterr. Gesetzb. §. 1075.

31) S. jedoch oben §. 93. Note 11.

32) Solms. Landr. a. a. O. — Lüneburger Stadtr. Th. II. Tit. 4. — Württemb. Landr. Th. II. Tit. 24. — Baier. Landr. a. a. O. §. 3. — Walch, Näherrecht S. 515—22. — Eichhorn, Einleitung §. 106. — Mittermaier, Grundsätze II. §. 289. — Phillips, Grundsätze I. §. 77. Das Erk. bei Seuffert XII. Nr. 54. läßt nur die Anstellung der Klage als Grund der Prävention gelten.

33) Particularrechte haben freilich einzelnen Arten, besonders der Erblosung ein Vorzugsrecht eingeräumt, s. Walch a. a. O. S. 522 ff. und über den Lehenretract unten §. 166. Nr. VI.

34) Eichhorn a. a. O. — Abweichende Ansichten s. bei Walch S. 534. — Mittermaier a. a. O.

Fünftes Kapitel.

Die Grundlasten.

§. 95.

Im Allgemeinen.

Es ist bereits oben (§. 81.) bemerkt worden, daß das deutsche Recht die Begriffe von Eigenthum und dinglichen Rechten nicht so bestimmt unterscheidet, wie das römische Recht, daß es vielmehr Uebergangsformen kennt, welche in dem getheilten Eigenthume und dem Gesammteigenthume ihren Ausdruck finden. Es kommen aber außerdem unter den dinglichen Rechten an einer Sache Einrichtungen vor, welche dem römischen ius in re nicht entsprechen. Denn während diese, abgesehen vom Pfandrechte, welches seine besondere Darstellung erheischt, nur als Servituten und servitutähnliche Institute (Superficies und emphyteusis) erscheinen, hat das deutsche Recht eine viel größere Mannigfaltigkeit der Rechtsverhältnisse ausgebildet, indem es die Obligation nicht streng von dem selbständigen Rechte an einer Sache getrennt hält. Dadurch sind dingliche Rechte entstanden, mit denen Ansprüche auf bestimmte Leistungen einheitlich verbunden sind.

Neben den Dienstbarkeiten kommen daher Reallasten vor, welche zwar begriffsmäßig zu unterscheiden sind, in ihrer geschichtlichen Entwickelung aber vielfach in einander übergreifen. Das ist besonders bei den dauernden Belastungen der ländlichen Grundstücke der Fall, trifft diese aber doch nicht allein. Es ist daher im allgemeinen bürgerlichen Rechte von den Grundlasten als Reallasten und Dienstbarkeiten, so wie von deren Ablösung in der modernen Gesetzgebung zu handeln.

I. Die Reallasten.

§. 96.

A. Begriff und rechtliche Natur.

Das Rechtsverhältniß, welches, indem es sich unmittelbar auf ein Grundstück bezieht, einen Anspruch auf gewisse Leistungen gewährt, hat

[1]) Noch eine andere Abweichung von dem römischen ius in re hat die ältere Jurisprudenz und nach ihr das preuß. Allg. Landrecht in dem Begriff des s. g. ius ad rem aufgestellt, für welchen eine gemeinrechtliche Begründung versucht worden ist, s. Ziebarth, die Real-Execution und die Obligation Halle 1866. — v. Brünneck, über den Ursprung des s. g. ius ad rem. Berlin 1869. Die Execution eines Anspruchs auf Herausgabe einer Sache wird nämlich jetzt, abweichend vom römischen Rechte, unmittelbar auf diese gerichtet, und diesen Anspruch auf die Sache soll nun ein selbständiges dingliches Recht darstellen. Allein das Mittel der Zwangsvollstreckung bestimmt nicht den Rechtscharakter des Anspruchs auf dieselbe; auch ist ein praktisches Bedürfniß für eine solche Erweiterung des Begriffes des dinglichen Rechts nicht vorhanden.

unter dem Namen der Reallasten[1]) im deutschen Rechte eine eigenthümliche Ausbildung erhalten.

Nach dem älteren Rechte konnte eine solche dingliche Belastung des Grundbesitzes in verschiedener Weise vorkommen. Sie fand sich entweder in Verbindung mit der Gutsherrschaft oder der Vogtei oder in Folge einer selbständigen Begründung durch die Auflassung. In allen diesen Fällen stand aber dem Berechtigten eine unmittelbare Herrschaft über das belastete Gut zu, welche sich als eine Gewere an demselben darstellte, deren Umfang und genauere Bestimmung wieder durch die besondere Natur des einzelnen Rechtsverhältnisses bedingt wurden[2]). Nach dem älteren Rechtssysteme, in welchem eine strenge und begriffsmäßige Abgrenzung des dinglichen und persönlichen Rechts nicht durchgeführt war, umfaßte nun die Gewere das Verhältniß der Reallast in seiner zwiefachen Beziehung: sie enthielt die unmittelbare Herrschaft über das Grundstück und zugleich den Anspruch auf die einzelne fällig gewordene Leistung. In diesem Sinne findet sich die Lehre in den älteren Rechtsquellen entwickelt; allein seit der Aufnahme des römischen Rechts mußte diese Auffassung in verschiedener Hinsicht erschüttert werden. Kannten die Römer auch einzelne Rechtsverhältnisse, welche annäherungsweise mit der deutschen Reallast verglichen werden können, so waren sie doch weit entfernt, ein solches Institut in einer allgemeineren principiellen Durchbildung gelten zu lassen, und nach der ganzen Anlage ihres Rechtssystems konnte auf keinen Fall eine Verbindung dinglicher und persönlicher Ansprüche (jus in re und obligatio), wie das deutsche Recht sie aufweist, ohne deren begriffsmäßige Sonderung bestehen. Gerade diese Sonderung der Begriffe ist aber entschieden in unser modernes Rechtsbewußtsein übergegangen, indem der verschiedenartige Inhalt der früheren Gewere in seine einzelne Bestandtheile aufgelöst und unter römische Kategorien vertheilt

---

1) Urkunde v. 1329. (Kraut, Grundriß §. 110. Nr. 1.) — predictorum omnium proprietatem et possessionem ea libertate tenebunt, quod nullam precariam, nullum servitium reale vel personale, nullum penitus onus vel jus nobis tenebimus in premissis. — Chursächs. Proc. Ordnung v. 1622. Tit. XLII. §. 6. — — „Decem, item jährliche Zinsen von widerkäuflichen Haupt-Summen, und dergleichen Onera realia" — —. Vgl. überhaupt L. Duncker, die Lehre von den Reallasten, in ihren Grundzügen dargestellt. Marburg 1837. — E. Friedlieb, die Rechtstheorie der Reallasten. Jena 1860. — W. Arnold, zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten. Basel 1861.

2) Ueber die Zinsgewere s. §. 101. Nr. 2. Im Allgemeinen ist zu vergleichen: Albrecht, die Gewere §. 18. Der hier gebrauchte Ausdruck, das Recht auf die Reallast und beziehungsweise diese selbst sei als Pertinenz von der Gewere des Gutsherrn und des Hintersassen aufzufassen, ist freilich wenig glücklich gewählt und führt leicht zu Mißverständnissen.

worden ist. Daher erklärt es sich, daß es den neueren Juristen schwer ward, die Reallasten im Geiste des heutigen Rechtssystems richtig zu construiren, ohne der eigenthümlichen Natur des Institutes zu nahe zu treten. Anfangs war man geneigt, es als ein Forderungsrecht mit einer Hypothek an der belasteten Sache aufzufassen, — eine Annahme, welche wohl eine dingliche Sicherung, aber nicht die Dinglichkeit des Rechtes selbst begründen konnte. Dann überwog lange Zeit die Analogie der Servituten, indem nur die Abweichung vom römischen Rechte zugegeben wurde, daß eine Servitut auch in faciendo bestehen könne. Als diese Ansicht der strengeren wissenschaftlichen Kritik weichen mußte, traten wieder andere Theorien hervor: dem Institut der Reallast liege ein reines Forderungsrecht zum Grunde, nur durch die Art der Leistung besonders gestaltet, und in entgegengesetzter Auffassung: es sei rein dinglich, indem das belastete Grundstück als solches als das verpflichtete Subject erscheine. Dazwischen liegt wieder unter Anerkennung der gemischten Natur des Institutes, die Annahme dinglicher Forderungsrechte, subjectiv-dinglicher Rechte[3]).

Gegen die Annahme eines Forderungsrechts als Grundlage des Institutes spricht nun die geschichtliche Bedeutung desselben und die ihr entsprechende und auch in den Ablösungsordnungen anerkannte Anschauung des Volkslebens, welche in der Reallast noch etwas anderes sieht als die Summe einzelner Obligationen; es spricht ferner dagegen die Begründung durch Auflassung, sowie die durch die Analogie der Servituten befestigte Anwendung der Besitzlehre und der dinglichen Klage. Rein dinglich und nur auf das belastete Grundstück gerichtet ist das Rechtsverhältniß aber auch nicht; eine solche Personification des Grundbesitzes, welche unserem Rechtssysteme überhaupt fremd ist, wird schon durch den Umstand ausgeschlossen, daß die Execution wegen rückständiger Leistungen sich nicht gegen die belastete Sache, sondern in gewöhnlicher Weise gegen

[3]) Vgl. Duncker a. a. O. §. 3—11. — Gengler, Lehrbuch §. 70. Die rein obligatorische Natur der Reallast ist in neuester Zeit besonders vertheidigt von v. Gerber, Jahrbücher für die Dogmatik II. Nr. 2. — Friedlieb, die Rechtstheorie der Reallasten S. 179 ff. und Stobbe, Handbuch II. §. 101., welcher aber doch dem Berechtigsten possessorische und petitorische Rechtsmittel gewährt! S. dagegen Buchka und Budde, Entscheidungen IV. S. 167 ff. (bei Seuffert XVII. Nr. 85. vgl. das. VIII. Nr. 285.) — Duncker selbst hat in der angeführten Schrift die Personification des Grundbesitzes zum Ausgangspunkte seiner Entwickelung gemacht. Eine eigenthümliche Ansicht findet sich noch bei Renaud, Beitrag zur Theorie der Reallasten (Stuttgart 1846.) durchgeführt. Die Gewere an einem Grundstück erstreckte sich auf die fahrende Habe, welche sich auf demselben befand; diese Gewere an der fahrenden Habe konnte auf einen Theil derselben beschränkt sein und zwar auf einen Theil des Frucht- und Viehertrages; daher die Zinsgewere u. s. w.

den Besitzer derselben richtet[4]). Es ist also ein gemischtes Rechtsinstitut anzunehmen, bei welchem dingliches und persönliches Rechtsverhältniß zusammen treffen, und zwar nach dem heutigen Rechtssysteme in folgender Weise: Dem Berechtigten steht ein dinglicher Anspruch unmittelbar an dem belasteten Grundstücke zu, in Folge dessen er von dem Besitzer als solchen ohne besonderen Obligationsgrund die einzelne Leistung verlangen kann. Dieser Anspruch auf die einzelne, fällig gewordene Leistung ist aber ein persönlicher[5]).

I. Begründung der Reallast. Diese kann geschehen

a. Durch die Gesetzgebung. Die Möglichkeit ist bei der souveränen Gewalt des Staates auch für solche Reallasten, welche dem Gebiete des Privatrechts angehören, gegenwärtig nicht in Abrede zu stellen, obgleich die moderne Gesetzgebung consequent auf deren Aufhebung hinwirkt und in einigen Staaten sogar die Wiederherstellung derselben durch Privatwillkühr ausdrücklich verboten ist[6]).

b. Durch das Gewohnheitsrecht. Auch diese Quelle, in älterer Zeit von nicht geringer Bedeutung für die Begründung der Reallasten, wird sich bei dem allgemeinen Bildungsgange, welchen das moderne Rechtswesen genommen hat, schwerlich noch als ergiebig erweisen.

c. Durch die Verjährung, aber nur die unvordenkliche. Jede andere ist hier ausgeschlossen, da sie nur durch eine analoge Ausdehnung des anomalischen Rechtsinstitutes wirksam werden könnte[7]).

---

[4]) S. Albrecht in der Recension bei Richter, kritische Jahrbücher v. 1839. S. 313. — Renaud a. a. O. S 18.

[5]) v. Wächter, Erörterungen I. Nr. 6. — Häberlin, in der Zeitschrift für deutsches Recht XVIII. Nr. 5. — v. Meibom, Jahrbuch für das gemeine deutsche Recht IV. S. 498 ff. — Roth, Bayr. Civilr. II. §. 169. Wenn Albrecht a. a. O. S. 317. in dieser Auffassung einen innern Widerspruch findet, weil sie die Theile als ungleichartig dem Ganzen darstelle, so ist darauf zu erwiedern, daß es sich hier nicht um die Theile eines Ganzen, sondern um die Folgen eines Rechtsverhältnisses handelt. Ebenso wenig zutreffend ist, was Albrecht gegen die nothwendige Scheidung des dinglichen und persönlichen Elements bei der Reallast nach dem heutigen Rechtssysteme anführt. „Das Gewand des Immobiliarsachenrechts" ist hier doch keine blos äußerliche Umhüllung. — Eine originelle Ansicht über die Natur der Reallast ist aufgestellt von Mann, Untersuchungen über den Begriff der Reallasten nach gemeinem Recht. Dessau 1869 Darnach ist die Berechtigung auf die Reallast überhaupt gar kein Recht (S. 17 ff.), das Verhältniß stellt sich vielmehr als die Erfüllung oder Nichterfüllung einer Bedingung für den Besitzer des belasteten Grundstücks dar.

[6]) Pr. Ablösungsordnung v. 2 März 1850. §. 91. — Reyscher, gemeines und württemb. Privatrecht I. §. 256. — In der fränkischen Monarchie wurde der Zehnte auf dem Wege der Gesetzgebung eingeführt; s. gegen die abweichende Ansicht von Birnbaum, über die rechtliche Natur der Zehnten (Bonn 1831.) P. Roth, Geschichte des Beneficialwesens S. 365.

[7]) Duncker a. a. O. §. 29. — Seuffert XII. Nr. 290. XV. Nr. 40.

d. Durch die Auflassung. Es ist unzweifelhaft, daß nach älterem Rechte jede Gewere an Grundstücken, also auch diejenige, welche der Reallast zum Grunde lag, nur durch die gerichtliche Auflassung bestellt werden konnte. Wo nun diese Einrichtung sich überhaupt in Geltung erhalten hat oder neu eingeführt worden ist, da wird sie auch durchweg für die Begründung der Reallasten zur Anwendung gebracht, und zwar nicht allein in der neueren Form der Eintragung in die öffentlichen Bücher, sondern auch in Gestalt der sie nach einigen Rechten ersetzenden Anmeldung und Bestätigung des Veräußerungsgeschäftes[8]). Wo es dagegen an der gerichtlichen Auflassung fehlt, da giebt es keine gemeinrechtliche Form für die Bestellung der Reallast durch Privatwillkühr, denn die Analogie der Hypothek und die der Servituten kann eine solche nicht darbieten, wenn auch namentlich die letztere häufig angewandt worden ist und in einzelnen Particularrechten eine positive Geltung erlangt hat. Gemeinrechtlich kann also weder durch Vertrag, auch wenn die quasi traditio hinzugekommen ist, noch durch letztwillige Verfügung eine Reallast gültig bestellt werden[9]).

Vgl. unten §. 162. Selbst die Bestimmung in cap. 1. de praescript. in VIto (II. 13.) über den Kirchenzehnten ist auf den Laienzehnten nicht auszudehnen; vgl. Renaud a. a. O. S. 120. Zwar findet die Ansicht, welche die außerordentliche Verjährung von 30 Jahren bei den Reallasten gelten läßt, auch jetzt noch zahlreiche Vertreter, s. die Erk. bei Seuffert VI. Nr. 232. IX. Nr. 201. XVII. Nr. 83. 84. Vgl. Roth, a. a. O. 170. Note 20. 21. Allein die Gewohnheit, auf welche man sich dafür beruft, finde ich gemeinrechtlich nicht begründet.

8) Vgl. §. 88. §. 102. Note 6—9. §. 103.

9) Vertrag und letztwillige Verfügung stehen sich in dieser Beziehung gleich; auch nach älterem Rechte mußten z. B. Renten, welche letztwillig vermacht wurden, durch den Erben oder Testamentsvollstrecker vermittelst der Auflassung bestellt werden. — Die oben vertheidigte Ansicht wird freilich von verschiedenen Seiten bestritten. 1. Aeltere Juristen hielten auch für die Begründung der Reallast die Analogie des Pfandrechts oder der Servitut für maaßgebend (Duncker a. a. O. §. 25.), allein diese Ansicht fällt mit ihrer allgemeinen Voraussetzung. 2. Andere nehmen an, mit dem Untergange der Auflassung sei blos eine Form des Vertrags beseitigt worden, und dieser gelte nun ohne eine solche (Albrecht, in den krit. Jahrbüchern v. 1839. S. 321—23.); aber die Auflassung hat eine selbständige Bedeutung und ist als der Entstehungsgrund des dinglichen Rechts, und nicht als eine dem Veräußerungsvertrage angehörige Form zu betrachten. 3. Duncker, welcher in der Lehre von den Reallasten §. 25 ff. die Möglichkeit der vertragsmäßigen Bestellung leugnete, hat diese Ansicht später (Zeitschrift für deutsches Recht XI. S. 450 ff.) modificirt, indem er eine solche Bestellung für zulässig erklärt, wenn sie vor dem Richter der belegenen Sache geschehen ist. Allein er nimmt hier die in einigen Particularrechten an die Stelle der Auflassung getretene Anmeldung und Bestätigung des Veräußerungsvertrages irrthümlich für eine nach gemeinem Rechte allgemein gültige Geschäftsform. — Das Princip der sogen. freien Radicirung (Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 323.), welches die älteren Juristen in dem Gewande der pacta realia intuitu fundi inita anerkannten, ist bereits von Kind, quaest. for. (edit. II.) II. cap. 71. gründlich widerlegt worden.

Nur in Einer Beziehung muß diese Regel beschränkt werden. Es kann nämlich geschehen, daß ein Bauergut zum nutzbaren Eigenthume ausgethan wird, und der Obereigenthümer sich ein Recht auf gewisse Reallasten bedingt, welche dann als Bestandtheile des allgemeineren Rechtsverhältnisses zugleich mit diesem begründet werden und einer besonderen Bestellung nicht bedürfen. In diesem Falle genügt also dasjenige Geschäft, durch welches das Rechtsverhältniß zwischen dem Ober- und Untereigenthümer überhaupt begründet wird, auch für den einzelnen Bestandtheil desselben, so daß, wo Vertrag und Uebertragung des Besitzes ohne Auflassung dafür ausreichen, die letztere auch zur Bestellung der Reallast nicht wird verlangt werden können[10]).

II. Die Person des Berechtigten. Das Recht auf die Reallast ist entweder als ein Realrecht mit einem Grundstücke verbunden, oder es steht einer juristischen Person, einer Corporation oder Stiftung zu; auch mit einem Amte, z. B. einer Pfarre kann es verbunden sein. Als das Vermögensrecht eines einzelnen Menschen wird es aber nur ausnahmsweise vorkommen, denn abgesehen von dem Falle der Leibzucht erscheint es als der Ausfluß eines dauernden Rechtsverhältnisses.

III. Das Rechtsverhältniß im Allgemeinen und die einzelne Leistung. Die Verbindung zwischen dem dinglichen und persönlichen Rechte, welche hier stattfindet, ist bereits hervorgehoben worden; dieselbe zeigt sich in verschiedener Beziehung wirksam.

a. Die Klage auf das Recht ist dinglich, die auf die Leistung persönlich, doch kann mit der auf Anerkennung des Rechts gerichteten Klage auch zugleich die Leistung in Anspruch genommen werden. Zur Verjährung der dinglichen Klage ist die verweigerte Anerkennung des Rechts von Seiten des Belasteten (usucapio libertatis) erforderlich[11]), während die persönliche Klage auch ohne diese Voraussetzung verjährt, jedoch nur in Betreff der einzelnen fällig gewordenen Leistungen[12]).

b. Während das dingliche Recht das Grundstück selbst unmittelbar erfaßt, steht das persönliche Recht nur gegen den jeweiligen Besitzer zu, so daß nur der Gesammtnachfolger, nicht der Sondernachfolger wegen der Rückstände verhaftet ist. Das Princip der Gewere führte nach älterem Rechte allerdings zu der entgegengesetzten Regel, welche auch noch in einer

---

10) Nur in dieser Beschränkung ist die von Eichhorn, Einleitung §. 163 ff. durchgeführte Unterscheidung zwischen Reallasten mit Proprietätsrechten und ohne Proprietätsrechte des Berechtigten von Einfluß auf die Frage, welche übrigens für die Uebertragung der Reallast ähnlich wie für die Begründung derselben beantwortet werden muß, nur daß in ersterer Beziehung noch der Begriff des Realrechts als Zubehörung eines Grundstücks maaßgebend werden kann.

11) Denn ohne dies ist die actio nicht nata; vgl. Seuffert XVII. Nr. 83.

12) Die Klage auf die im Jahre 1830 fällig gewordene Leistung verjährt also 1860, auf die im Jahre 1831 fällig gewordene 1861 u. s. w.

späteren Rechtsquelle sich findet[13]); allein die neuere Theorie, mit welcher die Gesetzgebung übereinstimmt[14]), hat dieselbe verlassen und zwar in der Consequenz des heutigen Rechtssystems, nach welcher auch die Execution wegen Rückstände nicht gegen das belastete Grundstück, sondern in gewöhnlicher Weise gegen den Schuldner gerichtet wird[15]).

IV. Besitz des Rechts. Dieser ist in der deutschen Jurisprudenz bei den Reallasten stets angenommen worden; über das Nähere s. oben §. 79.

V. Erlöschen der Reallast. Insofern die Grundsätze des römischen Rechts über die Aufhebung der Prädialservituten auf der allgemeinen Natur des dinglichen Rechts beruhen, und nicht der Servitutenlehre eigenthümlich sind, müssen sie auch für die Reallasten als maaßgebend angesehen werden. Dies gilt namentlich in Betreff des Untergangs der Sache nnd der Consolidation, während, abgesehen von der Klagenverjährung, durch den bloßen Nichtgebrauch das Recht nicht erlischt[16]). — In neuerer Zeit hat die Aufhebung der Reallasten und beziehungsweise die Verwandlung derselben[17]) häufig in Folge besonderer Gesetze (der Ablösungsordnungen) stattgefunden; s. unten §. 100.

---

13) Jus prov. ducat. Prussiae L. IV. tit. 6. art. 3. §. 1. (Kraut, Grundriß §. 111. Nr. 10.) Si quis fundum debentem censum vel alia onera emat —, ad onera census, non saltem futuri, sed etiam ad ejus reliqua praestanda et solvenda obligatur. Census enim et publicarum pensitationum onera realia sunt, quae personam minime concernunt, sed cum ipsa re in emtorem transeunt.

14) Baier. Landr. Th. II. Kap. 10. §. 4. „7mo Haftet der Gutsinhaber für die unter seinem Vorfahrer etwa verfallenen oder rückständigen Zehenten nicht, er sei denn Successor universalis." — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 7. §. 493. „Wegen rückständig gebliebener Zinsen und Abgaben hat die Herrschaft, bei einem über das Vermögen des Schuldners entstehenden Concurse, das Vorrecht der zweiten Classe, nach näherer Bestimmung der Concursordnung." — Bad. Landr. §. 710. fh. „Das Grundeigenthum des Guts oder ein dritter Besitzer des letzteren kann für Gültrückstände nicht angegriffen werden."

15) Eichhorn, Einleitung §. 166. Note c. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 174. Nr. 12. — Albrecht in Richter's krit. Jahrbüchern v. 1839. S. 310 ff. — Wächter, Erörterungen S. 127—36. — Schenck, Zeitschr. für Rechtspflege und Verwaltung zunächst für das Königreich Sachsen N. F. XIV. 4. Nr. 7. — v. Meibom a. a. O. S. 503 ff. — Seuffert V. Nr. 215. A. M. ist nach seinem Princip der Personification des Grundbesitzes Duncker a. a. O. §. 36. Vgl. überhaupt Stobbe, Handbuch II. §. 102. Note 7.

16) S die Erk. bei Seuffert IX. Nr. 323. XIV. Nr. 117. XVII. Nr. 83. XXVII. Nr. 244. XXX. Nr. 255. Die Analogie der Servitutenlehre ist freilich in dieser Anwendung noch häufiger als bei der erwerbenden Verjährung anerkannt worden; s. die Anführungen bei Ortloff, Grundzüge §. 415. Note 4.

17) Ueber die vertragsmäßige Verwandlung der Reallasten gelten im Wesentlichen dieselben Grundsätze wie über die neue Begründnng derselben; vgl. Duncker a. a. O. §. 34. — Renaud a. a. O. §. 8.

§. 97.

Die Reallasten (Fortsetzung). B. Einzelne Arten.

Nimmt man den Begriff der Reallast im weiteren Sinne und versteht darunter die dingliche Belastung eines Grundstücks, der zufolge der Besitzer zu gewissen Leistungen verbunden ist, so zeigt sich das Institut in vielen Theilen des Rechtsgebietes wirksam, und nimmt, wenn es auch in gewissen Punkten von gleicher rechtlicher Beschaffenheit ist, doch unter dem Einfluß der verschiedenen Principien, deren es je nach seiner Stellung unterworfen ist, eine besondere Natur an, welche die gleiche Beurtheilung der einzelnen Arten nicht mehr zuläßt. Die Wissenschaft hat daher das Bedürfniß gefühlt, durch die Ausscheidung ungleichartiger Elemente die Lehre von den Reallasten zu vereinfachen, und sie dadurch der Herrschaft allgemeiner leitender Rechtsgrundsätze zugänglich zu machen.

I. Zuvörderst ist hervorzuheben daß eine Belastung des Grundeigenthums in dem angegebenen Sinne nicht allein im Bereiche des Privatrechts, sondern auch in dem des öffentlichen Rechtes vorkommt, und daß namentlich der Staat in dieser Form manche Abgaben und Dienste sich sichert, indem sowohl die Grundsteuer als auch die aus der alten Grafengewalt hervorgegangene Landfolge und einzelne Verpflichtungen, welche eine Folge der Vogtei waren, unter jenen allgemeinen Begriff fallen. Nach dem Rechte des Mittelalters, welches zwischen dem Staats- und Privatrechte keine feste Grenze gezogen hatte und Beides in manchen Rechtsinstituten ungesondert neben einander bestehen ließ, war nun keine Veranlassung gegeben, zwischen der Belastung des Grundbesitzes einen Unterschied zu machen, je nachdem sie eine staatsrechtliche oder privatrechtliche war. Allein die neuere Staats- und Rechtsbildung hat die principielle Sonderung dieser beiden Rechtstheile durchgeführt; auch für die Lehre der Grundlasten ist sie nicht zu entbehren, und es ist daher eine consequente Auffassung der neueren Jurisprudenz, wenn sie bei der privatrechtlichen Erörterung der Reallasten die eigentlichen Staatslasten ausscheidet. Jene frühere Vermischung beider Institute kann es freilich im einzelnen Falle schwierig machen, genau zu bestimmen, ob man es mit einem staatsrechtlichen oder privatrechtlichen Verhältnisse zu thun hat; aber eine Norm der Entscheidung wird sich doch finden lassen, zumal die Vogtei in der Hand des Landesherrn regelmäßig zu einem rein staatsrechtlichen Institut sich gestaltet hat, während sie im Besitze von Privatpersonen durchweg einen patrimonialen Charakter an sich trägt.

II. Was von der Belastung des Grundbesitzes zum Besten des Staates gesagt worden ist, gilt auch für das Verhältniß der Gemeinden. Auch diese haben vielfach die Abgaben und Dienste auf den Grundbesitz gelegt.

Die allgemeine Stellung, welche die Gemeinden jetzt als öffentliche Anstalten im Staatsorganismus einnehmen, rechtfertigt indessen die Ausscheidung der Gemeindelasten von der Lehre der Reallasten. Nur da, wo die Gemeinde überwiegend als eine privatrechtliche Genossenschaft sich darstellt, würde eine abweichende Auffassung begründet sein. Es ist jedoch zu beachten, daß in solchen Fällen die Belastung meistens wieder mit den besonderen Verhältnissen der Corporation auf das Engste zusammenhängt und durch diese erst ihre eigentliche Bedeutung erhält. Dies gilt insbesondere auch von der Deichlast, welche in gewisser Weise allerdings als Reallast aufgeführt werden kann, aber doch nur in dem allgemeineren Recht des Deichverbandes ihre Erklärung findet, und bei dessen Darstellung zu erörtern ist.

III. Zuweilen geschieht es wohl, daß einzelne Hebungen nach Art des alten Leibgedings auf Grundstücke gelegt werden, wie dies bei der bäuerlichen Leibzucht und bei dem Witthum und der Apanage im Adelsrecht geschehen kann. Auch in einem solchen Fall liegt eine Reallast im weiteren Sinne vor, welche sich von den übrigen Arten, die im Allgemeinen den Charakter der Dauer (onus perpetuum) an sich tragen, durch die Bestellung auf Zeit unterscheidet. Die Eigenschaft der Dinglichkeit ist aber nur Eine Seite dieser Rechtsverhältnisse, deren Schwerpunkt doch in dem Princip des besonderen Rechtstheiles, dem sie angehören, zu suchen ist.

IV. Handlohn und Sterbefall können ausnahmsweise als Reallasten eines Bauergutes bestehen, und nehmen dann an der allgemeinen Natur dieser Einrichtung Theil.

V. Man hat auch wohl den Lehendienst zu den Reallasten gezählt; allein in seiner ursprünglichen Bedeutung als Folge der Lehentreue aufgefaßt, gehört er diesem Gebiete nicht an. Nur wenn eine Adäration stattgefunden hat und bei den Bauerlehen, welche statt des Lehendienstes einen Zins tragen (Zins- und Beutellehen), rechtfertigt sich eine solche Auffassung, welche jedoch nur für den letzteren Fall geeignet ist, das Rechtsverhältniß der besonderen Rechtsspäre des Lehenrechts zu entrücken. Die Feudaster gehören aber überhaupt, abgesehen von dem bei der Veräußerung und der Vererbung vorwaltenden Princip, dem Recht der Bauergüter an[1]).

---

[1]) Außer den hier bezeichneten Rechtsverhältnissen, welche den Reallasten im weiteren Sinne beigezählt werden können, hat man noch manche andere unter diesen Begriff bringen wollen, — Abschoß und Nachsteuer, emphyteutischen Canon im Sinne des römischen Rechts, Erbgeld, Bannrechte. Am weitesten ist Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 327 ff. in der Ausdehnung des Begriffs der Reallasten gegangen, während Vollgraff, Archiv für civ. Praxis IX. Beilageheft, denselben kaum noch überhaupt gelten läßt. Vgl. Duncker a. a. O. §. 38—57. Auch der von Meibom, Jahrbuch für das gem. Recht IV. Nr. 15. entwickelte Begriff der Realschuld gehört hierher. Er ist allerdings dem deutschen Rechte auch außer-

VI. Eine wichtige Art der Reallasten waren im älteren Rechte die Renten oder Gülten; vgl. unten §. 101 und insbesondere über die noch practische Bedeutung derselben Note 23.

Werden nun die bezeichneten Rechtsverhältnisse von der Darstellung der Reallasten ausgeschlossen, so gewinnt man dadurch eine genauere Begriffsbestimmung, welche sich auf die Reallasten im engeren Sinne bezieht: die Belastung ist eine dauernde und beruht ihrem Ursprunge nach auf einem Privatrechtstitel oder gehört doch wenigstens nach dem heutigen Rechtssysteme dem Privatrechte an. Unter diesen Begriff fallen: der Zins, der Zehnte, die Frohnde. Dieselben finden sich nur ausnahmsweise bei anderen Grundstücken, als den bäuerlichen, wenn sie auch nicht gerade immer auf einem Bauergute als Ganzem ruhen; doch ist auch dieses das gewöhnliche Verhältniß.

§. 98.

Die Reallasten (Fortsetzung). B. Einzelne Arten.

a. Der Zins (census).

Es sind hier folgende Punkte zu bemerken[1]).

I. Mit Rücksicht auf die Art der Begründung unterscheidet man den auferlegten und den bei der Eigenthumsübertragung vorbehaltenen Zins (census constitutivus und reservativus). Weitere Folgerungen namentlich auf die Beschaffenheit des Rechts an dem belasteten Gute lassen sich aus dieser Unterscheidung nicht ableiten[2]).

II. Der Zins pflegt bestimmte Verfalltage zu haben, nach deren Ablauf der Belastete, wenn er nicht geleistet hat, ohne daß noch eine Mahnung erforderlich ist, in Verzug kommt. Zuweilen ist schon im Namen der Abgabe der Verfalltag ausgedrückt, z. B. Fastnachtshühner[3]). — In früherer Zeit kamen wegen Verzug der Leistung eigene Zinsbußen vor, namentlich die Steigerung der fälligen Leistung auf das Doppelte am nächsten Zahl-

---

halb des Gebietes der eigentlichen Reallast nicht fremd, hängt dann aber mit dem Institut der gerichtlichen Auflassung zusammen (s. §. 102. Nr. VII.) und läßt sich auf die Lehenschulden, Erbgelder u. s. w. nicht ausdehnen; vgl. auch v. Gerber, Jahrbücher für die Dogmatik VI. Nr. 5.

1) Vgl. Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 7. §. 472—94. — Hagemann, Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 251—56.

2) Eichhorn, Einleitung §. 252. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 176. Unklar und verfehlt ist die Ausführung bei Duncker a. a. O. §. 43.

3) Sächs. Landr. B. II. Art. 58. — Pr. A. L. R. a. a. O. §. 478. — Sachse, Handbuch des großherzoglich sächs. Privatrechts §. 632.

tage (Rutscherzins)[4]). Jetzt sind solche Einrichtungen selten und bedürfen der besonderen Begründung.

III. Besteht der Zins in Naturallieferungen, so ist in der Regel anzunehmen, daß sie von den auf dem Gute gezogenen Früchten zu leisten sind, und zwar, wenn diese von verschiedenem Werthe sind, in mittlerer Sorte[5]).

b. Der Zehnte (decimae)[6]).

I. In älteren Rechtsquellen findet sich ein Zehntrecht der Kirche anerkannt, welches als eine Einkommensteuer nicht allein den Ertrag des Grundbesitzes, sondern auch den übrigen Erwerb ergriff; doch ist das Recht in diesem Umfange in Deutschland nicht geltend geworden, und die Eintheilung in decimae reales und dec. personales daher ohne praktische Bedeutung[7]). Auch der als Reallast zum Besten der Kirche auferlegte Zehnte ist aber nicht allgemein zur Ausführung gekommen, er ist ferner häufig in die Hände von Laien übergegangen und die Kirche hat umgekehrt manchen Zehnten, der ursprünglich als eine Abgabe an die Gutsherrschaft bestellt war, für sich erworben. Wenn daher zwischen dem Kirchen- und Laienzehnten (decimae ecclesiasticae und seculares) unterschieden wird, so kommt es dabei nicht allein auf die Person des gegenwärtigen Besitzers an; zu dem ersteren kann vielmehr nur der Zehnte gerechnet werden, welcher ursprünglich zu kirchlichen Zwecken eingeführt worden ist.

---

4) Sächs. Landr. B. I. Art. 54. §. 2. „Sve sinen tins to rechten dagen nicht ne gift, twigelde sal he ine geven des anderen dages" —. — Urk. v. J. 773. bei Neugart, cod. dipl. Alam. I. nr. 54. (Kraut, Grundriß §. 115. Nr. 11.) Et si de ipso censo negligens aparuero anno primo, in secundo anno redam duplum, et si tunc negligens aparuero, anno tercio redam triblum.

5) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 475. — D. G. Strube, rechtliche Bedenken III. Nr. 112. — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen VII. Nr. 75. — R. G. I. S. 360. A. M. ist das Erk. bei Budde und Schmidt. Entscheidungen VI. S. 293. (Seuffert XXIV. Nr. 256.)

6) Tit. X. de decimis (III. 30.). — Tit. in VIto. de decimis (III. 13.). — Sächs. Landr. B. II. Art. 48. — Baier. Landr. Th. II. Kap. 10. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 11. §. 857—938. Ueber besondere Zehntordnungen vgl. Gengler, Lehrbuch S. 321. — Haubold, Lehrbuch §. 486. — Reyscher, gem. und württemb. Privatrecht I. §. 275—79. — Grefe, Hannovers Recht II. §. 90. — Steinacker, Braunschweig. Privatrecht §. 233—38. und überhaupt: Schnaubert, Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehenrechts S. 159—216. — Hagemann, Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 257—67.

7) S. die Anführungen bei Kraut, Grundriß §. 116. Nr. 1—10. — Eichhorn, Kirchenrecht II. S. 816. — Baier. Landr. a. a. O. §. 3. — Pr. A. L. R. a. a. O. §. 921. — Von dem Fall, daß der Zehnte als eine blos persönliche Verpflichtung von jemanden übernommen worden, ist hier natürlich nicht die Rede.

Nur für diesen gelten diejenigen Vorschriften des canonischen Rechts, welche der allgemeinen Natur des Institutes nicht entsprechen[8]).

II. Auch für den Kirchenzehnten besteht keine Vermuthung mehr, und über den Beweis des Zehntrechts sowie beziehungsweise der Befreiung von demselben gelten daher die allgemeinen Rechtsgrundsätze[9]). Dabei ist aber von Wichtigkeit, ob die Zehntpflicht als eine gemeine Last auf der Gemarkung ruht, oder ob nur einzelne Grundstücke von derselben betroffen sind (decimae universales und particulares), — eine Unterscheidung, welche auch wieder darauf bezogen wird, ob die Belastung auf alle oder nur auf einzelne Arten des Zehnten geht[10]).

III. Der Zehnte hat mit dem Zins gemein, daß er als Reallast auf den Grund und Boden gelegt, zu einer gewissen Abgabe von demselben verpflichtet; eigenthümlich ist ihm aber, daß diese Abgabe in einem verhältnißmäßigen Theile von den auf dem Grundstück gewonnenen Früchten besteht, so daß sie zunächst und unmittelbar denjenigen trifft, welcher den Fruchtgenuß hat[11]). Die Höhe der Abgabe kann verschieden bestimmt sein, doch ist im Zweifel anzunehmen, daß sie den zehnten Theil des Ertrages und zwar des Rohertrages ausmacht[12]).

IV. Gewöhnlich wird nur von den Feldfrüchten gezehntet (Prädialzehnte); es kommt jedoch auch ein Zehnte von den auf dem belasteten Gute gefallenen Jungen des Nutzviehs (Fleisch- oder Blutzehnte), ja von dem sonstigen Ertrage desselben: Butter, Käse u. s. w. vor; selbst ein Zehnte von den Bienenstellen ist hie und da hergebracht[13]). Ueber

8) A. M. ist Eichhorn a. a. O. S. 819. Vgl. Reyscher a. a. O. §. 276. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 183.

9) Eichhorn a. a. O. S. 818. — Grefe a. a. O. §. 90. Nr. 1. — Haubold a. a. O. §. 486.

10) Schnaubert a. a. O. S. 162. — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen V. Nr. 19. — Seuffert II. Nr. 251. Das Pr. A. L. R. bestimmt a. a. O. §. 875. „Wo der Zehente überhaupt und ohne weitere Bestimmung hergebracht ist, wird darunter nur der sogenannte Großzehente verstanden.“ Ein besonderes Gewicht findet sich zuweilen auf den Umstand gelegt, ob die Frucht in die Brache gesäet ist; s. Pr. A. L. R. a. a. O. §. 880. — v. Bülow und Hagemann a. a. O. V. Nr. 8. — Grefe a. a. O. Nr. IV. — Steinacker a. a. O. §. 234. — Haubold a. a. O. §. 286.

11) Also den Pächter u. s. w., wenn ein Anderer statt des Eigenthümers den Fruchtgenuß hat; doch fällt die Last zuletzt freilich durch Verminderung des Werthes und Pachtzinses auf den Eigenthümer zurück. Die besondere Art der Leistung bei dem Zehnten hat übrigens zu der schiefen Auffassung Veranlassung gegeben, daß er zugleich auf dem Grundstücke und auf den Früchten hafte; s. Schnaubert a. a. O. S. 199. — Eichhorn, Einleitung §. 254. Nr. IV.

12) Baier. Landr. Th. II. Kap. 10. §. 13. — Hagemann a. a. O. S. 486.

13) v. Bülow und Hagemann a. a. O. II. Nr. 7. §. 11.; vgl. Sächs. Landr. B. II. Art. 48. §. 11.

den Fleischzehnten, welcher, wenn er sich auf das Geflügel bezieht, wohl als kleiner Zehnte bezeichnet wird, kommen manche, in der Art der Leistung begründete eigenthümliche Bestimmungen vor[14]).

V. Der Feldzehnte zerfällt wieder in den großen und kleinen; jener umfaßt die Früchte von Aeckern und Wiesen, „welche der Halm trägt", also namentlich das Getreide (die Halmfrüchte), und in Gegenden, wo Weinbau getrieben wird, den Wein; der kleine oder Krautzehnte (Schmalzehnte) dagegen die s. g. Wurzelgewächse und Baumfrüchte. Das Nähere hängt, wenn für das individuelle Rechtsverhältniß keine eigene Norm besteht, von dem besonderen Landesrechte und Herkommen ab[15]).

VI. Eine weitere Eintheilung des Zehnten bezieht sich auf die Cultur des belasteten Grundstücks, je nachdem dasselbe stets in Anbau gewesen oder seit Menschen Gedenken wüste gelegen und erst neulich urbar gemacht worden ist: alter und Neubruchzehnte, Rottzehnte (decimae veteres und dec. novales)[16]). Ein solcher Zehnte kann ohne besondere Bestellung, z. B. bei der Verleihung des Rottlandes, nur von demjenigen in Anspruch genommen werden, welcher über die ganze Flur ein Zehentrecht ausübt (decimator universalis). In Particularrechten ist aber die Einrichtung nicht selten dadurch in eigenthümlicher Weise ausgebildet worden, daß man die Wüsteneien (Lehden) als herrenlose Sachen dem Fiscus zusprach und diesem nun auch ein Recht auf den Novalzehnten beilegte[17]).

---

14) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 915—20. — Hagemann a. a. O. S. 488—91. — v. Bülow und Hagemann a. a. O. III. Nr. 35. — Grefe a. a. O. §. 90. Nr. X. — Reyscher a. a. O. §. 277.

15) So werden nach württembergischen Rechte der Wein- und Heuzehnte besonders ausgeschieden, s. Reyscher a. a. O. §. 278. und über den Heuzehnten das Erk. bei Seuffert XXIII. Nr. 156. Das Pr. A. L. R. a. a. O. §. 910. befaßt unter dem kleinen Zehnten die Garten- und Baumfrüchte, ohne Unterschied, ob sie im Garten oder auf dem Felde gebaut werden, während anderswo das Gartenrecht eine Exemtion begründet; Kartoffeln werden bald dem großen, bald dem kleinen Zehnten zugezählt, s. Arnold, Beiträge II. S. 221 ff. 650. u. s. w. Vgl. überhaupt Hagemann a. a. O. S. 492.

16) cap. 21. X. de V. S. (V. 40.) — — ut novale intellexerint agrum de novo ad cultum redactum, de quo non extat memoria, quod aliquando cultus fuisset. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 11. §. 890. 893. — J. F. Runde, Beiträge I. Nr. 14. Vgl. G. Beseler, der Neubruch nach dem älteren deutschen Rechte (Symbolae Bethmanno Hollwegio oblatae. (Berol. 1868.) Nr. I.

17) Hagemann a. a. O. §. 260. — v. Bülow und Hagemann a. a. O. III. Nr. 33. — Steinacker, Braunschweig. Privatrecht §. 234. — Reyscher a. a. O. I. §. 276. — Arnold, Beiträge II. S. 9—11. 54—61. 272—74. Vgl. oben §. 85. Note 11. Eigenthümliche Bestimmungen hat das Pr. A. L. R. a. a. O. §. 890—92.

VII. Die Abzehntung geschieht auf dem Felde, nachdem die Frucht getrennt ist[18]), entweder durch den Zehntherrn selbst oder einen Stellvertreter (Abzehnter, Zehntmahler, Zehntknecht)[19]). Auf die von dem Belasteten geschehene Anzeige muß jener in der hergebrachten oder gesetzlich bestimmten Frist die Abzehntung vornehmen; trifft ihn dabei ein Versäumniß, so muß er sich die von dem Belasteten regelmäßig vorgenommene Abzehntung gefallen lassen. Im Allgemeinen ist er befugt, mit dem Abzählen der zehnten Garbe nach Belieben da wo er will, anzufangen, auch von dem einen Acker auf den andern fortzuzählen. Abweichungen von dieser Regel kommen unter dem Namen des Schlepp- und Streuzehnten vor[20]).

VIII. Das Zehntrecht giebt kein Miteigenthum an dem belasteten Grundstück, sondern nur einen Anspruch auf einen Theil der gewonnenen Früchte: der Zehntherr ist daher nicht befugt, die Ackerbestellung überhaupt zu erzwingen und also die Unterlassung des Anbaues zu verhindern[21]). Streng genommen müßte dieselbe Regel auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Belastete durch eine Veränderung der Cultur aufhört, die der Zehntlast unterworfene Fruchtart zu ziehen. Da er sich aber durch eine solche Veränderung des Wirthschaftssystems zum Schaden des Zehntherrn bereichern, und der bei der Begründung des Rechtsverhältnisses vorwaltenden Absicht entgegen handeln würde, so ist die Uebertragung der Zehntlast auf die neue Fruchtart und beziehungsweise die Entschädigung des Zehntherrn nach gemeinem Rechte als Regel anzunehmen[22]).

---

18) Nur ausnahmsweise findet die Abzehntung vor der Trennung der Frucht statt, z. B. bei Futterkräutern, s. Reyscher a. a. O. §. 277. Nr. 2.

19) Einige Particularrechte schreiben die Herbeiziehung beeidigter Abzehnter vor, s. Reyscher a. a. O. Note 8. — Steinacker a. a. O. §. 235.

20) Sächs. Landr. B. II. Art. 48. §. 7. „Svenne en man sin korn invoren wel, dat sal he kündegen deme tegedern, of he in deme dorpe oder uppe'n velde is. Ne warbet he denne sines tegeden nicht, die man vertegede ime selven, als he sinen eid dar an beware, of man in van ime hebben wel, unde bewise'ne twen sinen geburen, unde late'ne ute stan; so sal he's bliven ane schaden, of he seder geergeret wert oder verloren." — Pr. A. L. R. a. a. O. §. 894—909. — Hagemann a. a. O. §. 262. 265.

21) Duncker, die Lehre von den Reallasten S. 226. Particularrechte haben abweichende Bestimmungen; nach dem Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 11. §. 884. ist der Zehntherr befugt, die Felder selbst in Cultur zu nehmen, wenn der Pflichtige sie aus Nachlässigkeit oder unordentlicher Wirthschaft unbebaut läßt; nach dem Baier. Landr. Th. II. Kap. 10. §. 9. kann er den Anbau durch die Obrigkeit erzwingen lassen, wenn derselbe „aus Neidsucht oder sonst dem Zehent-Herrn zum Schaden geflissener Weise" unterlassen ist. Vgl. Grefe a. a. O. §. 90. Nr. V. — Haubold, Lehrbuch §. 486.

22) Die Ansichten gehen bei dieser Frage freilich weit auseinander, und auch diejenigen Rechtslehrer, welche sich für das Recht des Zehntherrn entscheiden (s.

IX. Der Zehnte (Zugzehnte) kann auch, unter Voraussetzung der formellen Rechtsbeständigkeit des Geschäftes, in einen Zins umgesetzt werden, indem entweder eine feste Naturallieferung (Sackzehnte) oder Geld (Geldzehnte) an seine Stelle tritt[23]). Eine solche Umsetzung des Zehnten ist zuweilen schon vor der Erlassung der neueren Ablösungsordnungen im Interesse der Landwirthschaft von der Gesetzgebung durchgeführt worden[24]).

X. Es ist möglich, daß mehreren Zehntherren in derselben Gemarkung, ja an demselben Grundstück ein Zehntrecht zusteht, was dann im Falle einer Collision zu einer Theilung des Ertrages führen muß; der Belastete ist unter keinen Umständen zu einer wiederholten Leistung der Abgabe von derselben Ernte verpflichtet[25]).

c. Die Dienste oder Frohnden[26]).

Bei dieser Art der Reallasten wird die Sonderung des öffentlichen und Privatrechts meistens nicht strenge durchgeführt: man unterscheidet Staats-, Gemeinde- und Guts- oder Herrenfrohnden. Hier ist nur von den letzteren die Rede; die für sie geltenden Regeln finden aber zum Theil eine allgemeinere Anwendung.

I. Die Leistung bei den Frohnden, welche auch Schaarwerk, Robothen genannt werden, besteht in gemeinen Körperdiensten, welche der Besitzer des belasteten Grundstücks unentgeldlich oder gegen eine geringe Vergütung (Pröve, d. h. Präbende)[27]) zu prästiren hat. Die Be-

Eichhorn, Einleitung §. 254. Nr. IV. — Gerber, System §. 190. — Bluntschli, deutsches Privatrecht §. 95. Nr. 4., begründen dasselbe auf verschiedene Weise, während Mittermaier, Grundsätze I. §. 187. Nr. II. und Gengler, Lehrbuch S. 330. sich überhaupt dagegen erklären. Die Particularrechte folgen durchweg der ersten Ansicht, haben jedoch zum Theil eigenthümliche Bestimmungen, indem sie z. B. die Zustimmung des Zehntherrn zu der Culturveränderung verlangen. S. Pr. A. L. R. a. a. O. §. 885—88. — Grefe a. a. O. Nr. VI. — Haubold a. a. O. — Arnold, Beiträge II. S. 134—38. 377. — Mittermaier a. a. O. Note 16. — Gengler a. a. O. S. 331—32.

23) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 922 ff. — Hagemann, Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 261. — v. Bülow und Hagemann pract. Erörterungen III. Nr. 34. — VII. Nr. 43.

24) S. z. B. Grefe a. a. O. Nr. IX.

25) Mittermaier a. a. O. §. 187. — Reyscher a. a. O. I. §. 278.

26) Baier. Landr. Th. II. Kap. 11. — Pr. A. L. R. Th II. Tit. 7. §. 308—471. — Osnabrück. Eigenthumsordnung v. 1722. cap. XIII. — P. Wigand, die Dienste, ihre Entstehung, Natur, Arten und Schicksale. Hamm 1828. — Hagemann, Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 229—50. — Steinacker, Braunschweig. Privatrecht §. 224—32. — Haubold, Lehrbuch §. 464—74. — Sachse, Handbuch §. 624—31. — Reyscher, gem. u. württemb. Privatrecht I. §. 258—65.

27) Pufendorf, observatt. jur. I. obs. 121. §. 15. — Hagemann a. a. O. §. 235. Note 7.

schaffenheit dieser Dienste, welche im Allgemeinen die der Dienstboten und Tagelöhner sind, bringt es mit sich, daß nicht der Grundeigenthümer selbst sie zu leisten braucht, daß er sich vielmehr durch andere zur Arbeit tüchtige Personen dabei vertreten lassen kann[28]).

II. Die Dauer der einzelnen Leistungen ist gewöhnlich nach Arbeitstagen, seltener nach Stunden bestimmt. Im ersteren Falle pflegt die Arbeitszeit genauer festgestellt zu sein. Wenn dies nicht geschehen, so muß diejenige, welche für das Gesinde und namentlich für die Tagelöhner die ortsübliche ist, für maaßgebend gelten; jedoch ist der Frohnpflichtige in der Regel nicht befugt, die Wegezeit mit einzurechnen[29]).

III. Der Dienst muß von dem Berechtigten vorher angesagt werden[30]); ein Züchtigungsrecht wegen Versäumniß und Nachlässigkeit im Dienste (Dienstzwang) und ein Pfändungsrecht wegen Entschädigungsansprüche (Frohngelder) steht ihm in der Regel nicht zu[31]).

IV. Die Dienste sind

a. nach der Art der Leistung Hand- oder Spanndienste; der Pflichtige muß für beide die zur Arbeit erforderlichen Geräthschaften, Vieh und Geschirr selbst mitbringen und im Stande halten[32]).

b. Gemessene und ungemessene. Die Ersteren sind nach Umfang und Beschaffenheit genau bestimmt, die Letzteren hangen von dem wirthschaftlichen Bedürfnisse des berechtigten Gutes, nicht aber von der Willkühr und dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten selbst ab, so daß sie zu Luxusanlagen, gewerblichen Einrichtungen u. s. w. im Zweifel nicht gefordert werden können[33]).

---

28) v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen III. Nr. 58.

29) Die entgegenstehende Ansicht ist a. a. O. VII. Nr. 109. vertreten; s. aber Ortloff, juristische Abhandlungen und Rechtsfälle von Ortloff, Heimbach, Schüler und Guyet I. Nr. 10, wo auch die Annahme, daß der Arbeitstag im Zweifel von Sonnenaufgang bis zum Sonnenuntergang zu rechnen sei (Osnabrück. Eigenthumsordnung cap. XIII. §. 4. — Leyser, jus. georg. lib. III. cap. 27. nr. 58.), widerlegt ist.

30) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 332. „Gewöhnlich muß die am andern Tage vorzunehmende Arbeit den Unterthanen am Abende vorher angesagt werden. §. 333. Doch bleibt in vorkommenden unvermutheten Fällen der Herrschaft frei, noch den folgenden Morgen die vorzunehmenden Arbeiten auf andere Art anzuordnen, oder noch gänzlich abzubestellen." Die letztere Vorschrift hat, insofern sie dem Frohnpflichtigen zum Nachtheile gereicht, keine gemeinrechtliche Geltung. Vgl. Hagemann, Handbuch §. 235. Nr. 3. — Wigand, Provinzialrechte von Minden I. S. 384.

31) Gegen Leibeigene war früher Beides üblich; s. Eichhorn, Einleitung §. 71. Nr. VI. §. 264. — Hagemann a. a. O. §. 222.

32) Hagemann a. a. O. §. 235. Nr. 3.

33) S. besonders über die Baufrohnden Hagemann a. a. O. §. 237. — Eine Verlegung des Ortes der Leistung ist überhaupt bei den Frohnden nur dann

Eine Vermuthung für die eine oder die andere Art ist nicht begründet[34]).

c. Ordentliche und außerordentliche, je nachdem sie in regelmäßiger Wiederkehr z. B. die Erntefrohnden, oder im Falle des Bedürfnisses z. B. Baufrohnden, Jagdfrohnden, zu leisten sind.

d. Sässige und walzende oder Reihefrohnden. Bei jenen wird der Dienst gleichzeitig von allen Verpflichteten, bei diesen abwechselnd nach einer bestimmten Reihenfolge geleistet.

§. 99.

Von den Dienstbarkeiten.

Wenn für die Reallasten als ein dem römischen Recht fremdes Institut eine deutschrechtliche Theorie in selbständiger Begründung aufgestellt werden muß, so findet bei der Lehre von den Dienstbarkeiten das umgekehrte Verhältniß statt, indem sie hauptsächlich nach römischen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen sind. Allerdings kommen diese auch hier nicht ohne alle Beschränkung zur Anwendung. Die römische Personalservitut, welche wir eigentlich nur in der Form des Nießbrauchs kennen, hat in den besonderen Instituten des deutschen Familienrechts und überhaupt unter der Einwirkung des Leibgedings manche Abänderung erfahren, und die Servituten an städtischen Gebäuden nehmen wegen der s. g. nothwendigen Dienstbarkeiten, z. B. des Fenster- und Lichtrechts gegenwärtig zum Theil eine abweichende Stellung ein. Auch für die Servituten an ländlichen Grundstücken kommen nach heutigem Rechte gewisse Regeln zur Anwendung, welche den fremden Rechtsquellen nicht entnommen werden können. Allein diese haben doch die rechtliche Natur des Institutes zuerst genau festgestellt, indem sie den Begriff des dinglichen Rechts an einer fremden Sache von dem des Eigenthums bestimmt unterscheiden, was dann bewirkte, daß nach der Aufnahme des römischen Rechts der allgemeinere Inhalt der deutschen Gewere in mehrere selbständige Kategorien aufgelöst wurde, zu denen freilich auch die Formen des Gesammteigenthums und des getheilten Eigenthums zu rechnen sind. — Außer dieser allgemeinen Begriffsbestimmung der Servituten, welche wir dem römischen Rechte verdanken, sind derselben Rechtsquelle aber auch die leitenden Grundsätze für die Lehre zu entnehmen: über Besitz, Klagen, Erwerb und Verlust des Rechtes, — in letzterer Hinsicht jedoch mit den Beschränkungen, welche das Institut der Auflassung mit sich

---

zulässig, wenn sie aus wirthschaftlichen Rücksichten geboten ist und den Belasteten nicht zum Nachtheile gereicht; s. Seuffert I. Nr. 184.

[34]) Götze, das Provinzialrecht der Altmark (Mageburg 1836.) II. S. 66 ff.

führt[1]. Für die Prädialservituten kommt insbesondere das wichtige Princip zur Anwendung, daß sie für das herrschende Grundstück bestellt und nach dessen Bedürfniß ausgeübt werden müssen[2]).

Hier soll nur hervorgehoben werden, was vom Standpunkte des deutschen Rechts über die Dienstbarkeiten an ländlichen Grundstücken anzuführen ist. Es bezieht sich das fast nur auf die besondere Ausbildung, welche einzelne dieser Servituten bei uns erhalten haben, und zwar vorzugsweise in Betreff der Bauergüter. Der allgemeine Begriff der Servitut, nämlich der des dinglichen Rechts an einer fremden Sache, ist aber immer festzuhalten: Rechtsverhältnisse, bei welchen dies letztere Merkmal fehlt, bleiben hier ausgeschlossen, wie groß auch sonst die Aehnlichkeit sein mag. Dies gilt insbesondere von solchen dinglichen Rechten, welche sich entweder als Sonderrechte im Gesammteigenthume oder als Ausflüsse des Obereigenthums darstellen, und dem Gegenstande nach z. B. als Weiderecht mit der Servitut fast zusammenfallen können, ohne doch an deren besonderen rechtlichen Natur Theil zu nehmen[3]). Die unorganische Vermischung solcher wesentlich verschiedenen Rechtsverhältnisse hat manche Unklarheit und Verwirrung in die ältere Theorie gebracht.

a. Die Weidegerechtigkeit (Hude, Hutgerechtigkeit, servitus pascendi)[4]).

---

[1]) Die neuere Gesetzgebung über die Auflassung behandelt freilich die Servituten in verschiedener Weise. Vgl. §. 103. Note 7—9.

[2]) L. 5. §. 1. D. de servitt. praed. rust. — — quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit. Vgl. Hagemann, Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 150. — Seuffert V. Nr. 142. — VI. Nr. 14. Ebenso gilt der Grundsatz des römischen Rechts, daß die Servitut durch Zutheilung des herrschenden Grundstücks nicht untergeht, s. Seuffert XVIII. Nr. 18. XXXVIII. Nr. 108.

[3]) Eine große Wichtigkeit hat die principielle Sonderung dieser Rechtsverhältnisse von der Servitutenlehre namentlich für die Regeln von der Verjährung und überhaupt von dem Erwerb und Verlust des Rechtes; aber auch für andere Fragen kann sie einflußreich werden. Der Umfang der Sonderrechte bei der Benutzung von Gemeindegütern läßt sich z. B. häufig nicht nach dem Bedürfnisse eines Landgutes, sondern nur nach dem einer Haushaltung bestimmen; s. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 22. §. 92. 93. — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen IV. Nr. 56. 57. Ebenso gilt das Princip der Untrennbarkeit unbedingt nur für die Servituten. Grunddienstbarkeiten, welche statt einem herrschenden Gute einer juristischen Person, namentlich einer Gemeinde zustehen (s. Seuffert VIII. Nr. 113. XVI. Nr. 176.), tragen stets einen anomalischen Charakter an sich; meistens werden sie sich aber auf die angeführten Kategorien zurückführen lassen.

[4]) Baier. Landr. Th. II. Kap. 8. §. 13. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 22. §. 80—145. — Oesterr. Gesetzb. §. 498—502. — K. Sächs. Mandat v. 4. Oct. 1828, die in Huthungssachen anzuwendenden Rechtsgrundsätze betreffend. (Schaffrath, C. S. II. S. 266—71. — Emminghaus, corpus i. g. S. 725—32.)

Das allgemeine Princip der Servitutenlehre, daß die Ausübung pfleglich (civiliter) geschehen muß, ist auch für die Weidegerechtigkeit maaßgebend und hat in dieser Anwendung namentlich den Sinn, daß die Ausübung in einer dem landwirthschaftlichen Betriebe entsprechenden Weise, mit möglichster Schonung des belasteten Grundstücks stattfindet. Aus diesem Grundsatze lassen sich die wichtigsten Folgerungen ableiten; nur darf man nicht so weit gehen, aus Nützlichkeitsrücksichten das wohlbegründete Recht selbst zu schwächen und zu beschränken, indem man etwa die auf ein bestimmtes hergebrachtes Wirthschaftssystem berechnete Einrichtung nach den Anforderungen der rationellen Landwirthschaft umzuändern und überhaupt das Ziel neuerer Landesculturgesetze in deren Ermangelung durch die auslegende Jurisprudenz zu erreichen sucht[5]).

I. Auf Wiesen und Bauäckern darf die Hude nur in der offenen Zeit ausgeübt werden, und ruht während der zum Fruchterwerb bestimmten geschlossenen Zeit. Die genauere Bestimmung dieser Fristen ist dem Landes- und Ortsrechte zu entnehmen[6]). Von besonderem Einflusse ist dabei für Wiesen die Unterscheidung der einschürigen (einheuigen) und mehrschürigen, für Bauäcker dagegen der Umstand, ob sie nach dem hergebrachten Wirthschaftssysteme in Brache liegen, ob ferner der Anbau von Winterfrucht, und beziehungsweise die Besömmerung der Brache dem Eigenthümer gestattet ist[7]). Eine Abweichung von dem hergebrachten Wirthschaftsbetriebe, unter deren Voraussetzung die Dienstbarkeit bestellt worden ist, braucht sich der Berechtigte nicht gefallen zu

---

— J. C. L. Münter, das Weiderecht. 2. Aufl. Hannover 1810. — Hagemann a. a. O. §. 290—306. — Haubold, Lehrbuch §. 192—98. — Sachse, Handbuch §. 270—306. — Steinacker, Braunschweig. Privatrecht §. 197. — Grefe, Hannovers Recht II. §. 87. — Reyscher, gemeines und württemb. Privatrecht II. §. 298. — Roth, Bayr. Civilr. II. §. 163.

[5]) L. 9. D. de servitt. — Pr. A. L. R. a. a. O. §. 107. „Der Berechtigte darf, durch unzeitige Behütung der Felder und Wiesen, den Eigenthümer nicht beeinträchtigen." — Oesterr. Gesetzbuch §. 101. „Die Triftzeit wird zwar überhaupt durch den in jeder Feldmark eingeführten unangefochtenen Gebrauch bestimmt: allein in keinem Falle darf der vermöge politischer Bestimmungen geordnete Wirthschaftsbetrieb durch die Behütung verhindert, oder erschweret werden." — Seuffert VI. Nr. 13. 157. XVII. Nr. 10. — Pfeiffer, Zeitschrift für deutsches Recht XIII. Nr. 6.

[6]) Häufig ist die geschlossene Zeit von Walpurgis bis Michaelis oder von Georgi bis Bartholomäi festgesetzt, und zwar hat nach den meisten Landesgesetzen seit Einführung des verbesserten Gregorianischen Kalenders eine Verschiebung der Fristen stattgefunden; s. Hagemann a. a. O. §. 132. — Kind, quaestiones for. (edit. II.) II. cap. 37. — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen III. Nr. 28.

[7]) Hagemann a. a. O. §. 294—95. — Glück, Commentar X. S. 174 ff.

lassen[8]). — Mit Rücksicht auf jene Zeitbestimmung unterscheidet man nun die Vor- und Nachhude (Frühjahrs- und Herbstweide), die Stoppelhude, Brachhude, welche nicht immer sämmtlich in der eingeräumten Weidegerechtigkeit enthalten sind.

II. Der Eigenthümer des belasteten Grundstücks hat das Recht der Mithude (jus compascendi), wenn dasselbe nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden ist, jedoch nur insoweit die Ausübung der Dienstbarkeit Raum dafür übrig läßt. Vermindert sich daher der Ertrag der Weide und wird eine Heruntersetzung der Stückzahl des Viehes, welches dieselbe benutzt, erforderlich, so wird dadurch im Zweifel zuerst der Eigenthümer betroffen[9]).

III. Von diesem Recht der Mithude verschieden ist die s. g. Koppelhude (jus compascui s. compasculationis). Darunter wird einmal der Fall verstanden, wenn die Mitglieder einer Corporation auf den Gemeindegütern ein Weiderecht ausüben[10]); außerdem bezeichnet man mit diesem Ausdrucke das Rechtsverhältniß mehrerer Servitutberechtigten, welchen auf dem Grundstück eines Dritten ein gemeinsames Weiderecht zusteht, sowie dasjenige mehrerer Eigenthümer, welche sich gegenseitig ein solches Recht eingeräumt haben[11]). Diese gegenseitige Einräumung kann bittweise (precario, ex jure familiaritatis) oder vermöge einer Servitutenbestellung geschehen sein; welches Verhältniß gerade vorliegt, ist nach den allgemeinen Grundsätzen über die Beweisführung zu entscheiden, ohne daß für das eine oder andere eine Vermuthung begründet erscheint[12]).

---

[8]) Pfeiffer a. a. O. Manche Rechtslehrer haben in dieser Beziehung die oben gerügten Nützlichkeitsrücksichten in einer nicht zu rechtfertigenden Weise vorwalten lassen; s. z. B. v. Bülow und Hagemann a. a. O. II. Nr. 24. V Nr. 8. — Kind l. c. cap. 33—36. — Weiske, Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 141.

[9]) Pfeiffer a. a. O. S. 180 ff. Das Pr. A. L. R. a. a. O. §. 103—6. macht für einen solchen Collisionsfall mehrere Unterscheidungen; vgl. auch Glück a. a. O. §. 680.

[10]) Das Baier. Landr. Th. II. Tit. 8. §. 14. befaßt unter dem jus compascui allein diesen Fall, indem es dort heißt, dasselbe werde „zwar — nicht Jure Servitutis, sondern Communitatis et Condominii exerciret; nichts desto weniger soll man es bei den sich hierüber ergebenden Streitigkeiten mit Ausführung und Beweisung sothanen Rechtes auf die nämliche Art, wie — bei den Dienstbarkeiten — — beobachten." Vgl. oben §. 83.

[11]) Hagemann, Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 300. zählt sogar das jus compascendi mit zur Koppelweide, und unterscheidet das jus compascui, welches mehreren Servitutberechtigten zusteht, von dem jus compasculationis reciprocum und dem jus compasculationis im strengeren Sinne, unter dem letzteren das Weiderecht der Corporationsgenossen verstehend. Allein dieser Sprachgebrauch ist, wie schon die vorhergehende Note zeigt, nicht fest begründet. Vgl. Glück a. a. O. §. 681.

[12]) Man hat die Vermuthung bald für das Precarium, bald für die Servitut aufgestellt, s. Glück a. a. O. Das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 22. §. 135—36.

IV. Ueber den Umfang der Weidegerechtigkeit, auch in Beziehung auf die Art und die Zahl des zu weidenden Viehs, entscheidet zunächst die Feststellung des einzelnen Falles. Wenn es an einer solchen fehlt, so ist das Bedürfniß des herrschenden Landgutes maaßgebend, welches nach dessen Größe zur Zeit der Servitutenbestellung ermessen wird, ohne daß spätere Erweiterungen in Anschlag kommen. Das Bedürfniß selbst aber wird nach dem Viehstande bemessen, welcher mit dem auf dem Gute gewonnenen Futter nach dessen Durchschnittsertrage überwintert werden kann[13]). — Fremdes Vieh darf der Berechtigte so wenig auf die Weide bringen als überhaupt seine Gerechtigkeit verpachten[14]).

V. Aus dem Grundsatze, daß die Dienstbarkeit pfleglich ausgeübt werden muß, folgt, daß kein unreines und mit ansteckender Krankheit behaftetes und kein Vieh, welches dem anderen Vieh gefährlich oder der Weide schädlich ist, aufgetrieben werden darf — Letzteres, namentlich Schweine und Federvieh, wenigstens nur dann, wenn das Recht dazu ausdrücklich erworben worden ist[15]). Ebenso muß der Berechtigte, wenn ein Schaden zu befürchten ist, sein Vieh von einem Hirten hüten lassen[16]).

VI. Eine besondere Art des Weiderechts ist die Schäfereigerechtigkeit[17]). Im weiteren Sinne wird darunter das Recht verstanden, eine Schafheerde mit einem eigenen Hirten (Schäferei) zu halten, welches

---

unterscheidet, ob die wechselseitige Hütung regelmäßig und beständig ausgeübt worden oder nicht. Vgl. überhaupt das Erk. bei Seuffert XVIII. Nr. 118.

13) Dies s. g. Durchwinterungsprincip ist allgemein angenommen; s. Jülich. Landr. v. 1537. LI. §. 1. (Lacomblet, Archiv. I. S. 142.) „Item so wat biesten eyner van syme gewaß kan gewyntheren, mach hie auch soemeren·" — Baier. Landr. a. a. O. §. 14. Nr. 3. — Pr. A. L. R. a. a. O. §. 90. — Oesterr. Gesetzbuch §. 500. — (v. Benckendorff) oecon. for. Bd. I. Hauptst. 1. §. 10. 110. — Hagemann a. a. O. §. 298. — Glück a. a. O. §. 679. Note 1. — v. Bülow und Hagemann a. a. O. IV. Nr. 56. 57. — Seuffert XXI. Nr. 20. XXIV. Nr. 15. Abweichend das Erk. XX. Nr. 108. Im Einzelnen kann es dann noch genauer festgestellt sein, s. das K. Sächs. Mandat v. 4. Oct. 1828. §. 17. 18. — Die Frage, wie lange die Jungen auf die Zahl des zu haltenden Viehs nicht eingerechnet werden, ist von besonderer Wichtigkeit für die Schafheerde, s. unten Note 20. 21.

14) Beides folgt aus dem Princip der Prädialservituten (s. Pr. A. L. R. a. a. O. §. 91. 92. — Oesterr. Gesetzbuch §. 499.), was nicht immer gehörig beachtet wird; s. z. B. v. Bülow und Hagemann a. a. O. IV. Nr. 58.

15) Baier. Landr. a. a. O. §. 13. Nr. 1. — Pr. A. L. R. a. a. O. §. 87. 100. — Oesterr. Gesetzbuch §. 499. — Glück a. a. O. §. 679.

16) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 83. — Oesterr. Gesetzb. §. 502. — Hagemann a. a. O. §. 299.

17) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 22. §. 146—69. — Scholz der Dritte, das Schäfereirecht. Braunschweig 1837. — Hagemann a. a. O. § 310—16. —

particularrechtlich in verschiedener Weise, namentlich zum Besten des großen Grundbesitzes und der Gemeinden beschränkt ist[18]); im engeren Sinne enthält die Schäfereigerechtigkeit außerdem zugleich die Befugniß, die Schafheerde auf der ganzen Feldmark oder doch auf bestimmten fremden Grundstücken weiden zu lassen[19]). Mit Rücksicht auf die Zahl der zu haltenden Schafe ist die Gerechtigkeit dann eine gemessene oder ungemessene; bei der ersteren werden jedoch die Setzschafe nicht mitgerechnet und auch das Princip der Durchwinterung kommt nicht allenthalben strenge zur Anwendung[20]). Die Lämmer bleiben ungezählt, bis sie abgesetzt sind d. h. der Mutter entbehren können[21]), — eine Regel, welche particularrechtlich nicht selten zu Gunsten des Berechtigten abgeändert worden ist[22]). — Mit der Schäfereigerechtigkeit, welche sich überhaupt nicht immer als eine reine Prädialservitut darstellt, finden sich häufig noch andere Gerechtsame verbunden, namentlich das Schäferei-Stabrecht, die Befugniß für eine gemeinsame Heerde den Hirten zu bestellen[23]) und der Hürdenschlag oder das Pferchrecht, vermöge dessen der Berechtigte, um den Dünger zu gewinnen, die fremden Schafe der Heerde einpferchen oder auf fremdem Grund und Boden eine Hürde halten darf[24]).

VII. Ueber das Weiderecht in Waldungen s. unten §. 198.

b. Wegegerechtigkeit[25]).

Mit der Hude gewöhnlich aber nicht nothwendig verbunden ist die Triftgerechtigkeit, d. h. die Befugniß über fremden Grund und

---

Steinacker, Braunschweig. Privatrecht §. 198. — Sachse, Handbuch §. 307. — Reyscher, gemeines und württemb. Privatrecht II. §. 299.

18) Ueber ein s. g. Regal des Schäfereirechts s. Pfeiffer, pract. Ausführungen VII. S. 249. — Heuser, Annalen 3. Jahrg. Nr. 1. S. 114–27.

19) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 146. — Kretzschmer, oec. for. I. S. 117 ff. — Strube, rechtliche Bedenken I. Nr. 122. — Hagemann a. a. O. §. 311.

20) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 149–50. — Hagemann a. a. O. §. 314.

21) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 98. — Oesterr. Gesetzbuch §. 499. — J. F. Runde, Beiträge I. Nr. 10.

22) Indem die Lämmer erst wenn sie ein Jahr alt sind oder nach der ersten Schur mitgezählt werden; s. Baier. Landr. Th. II. Kap. 8. §. 13. Nr. 2. — Hagemann a. a. O. §. 314.

23) Seuffert XVI. Nr. 197.

24) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 157. — Hagemann a. a. O. §. 316. — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen VII. Nr. 18. — Seuffert I. Nr. 181. XVII. Nr. 82. Ueber das vom Pferchrecht verschiedene Recht der Mittagsruhe s. Seuffert XX. Nr. 109.

25) Baier. Landr. a. a. O. §. 11. — Pr. A. L. R. a. a. O. §. 63–79. — Oesterr. Gesetzbuch §. 492–95. — Reyscher a. a. O. II. §. 297. — Roth, Bayr. Civilrecht II. §. 164. — Seuffert XXIII. Nr. 103. XXX. Nr. 206.

Boden das Vieh zu treiben[26]). Die Ausübung des Rechts muß pfleglich geschehen, und die Breite der Trift im Zweifel nach den Umständen, namentlich nach der Art des Viehs und der Größe der Heerde festgesetzt werden[27]). Das Nähere hängt von der besonderen Einrichtung ab, im Allgemeinen aber ist anzunehmen, daß bei uns die Fahrgerechtigkeit nicht nothwendig die Triftgerechtigkeit in sich schließt und umgekehrt[28]).

c. Andere Arten der Dienstbarkeiten: das Recht, Erde, Steine, Mergel u. dgl. zu holen, Kalk zu brennen, Gras zu pflücken, Schilf zu schneiden, sind unter Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze nach der Beschaffenheit der individuellen Rechtsverhältnisse zu beurtheilen[29]).

§. 100.

Ablösung der Grundlasten[1]).

Im Gegensatze zu der Feldgemeinschaft der älteren Zeit und der dadurch bedingten Gemeinschaft des landwirthschaftlichen Betriebes ist in neuerer Zeit das Princip der Einzelwirthschaft immer entschiedener zur Anerkennung und Geltung gelangt, und die genossenschaftliche Verbindung zeigt sich auf diesem Gebiete überhaupt nur noch für einzelne besondere Zwecke wirksam (s. unten §. 183.). Allein die Gemeinde- und Markverfassung beherrschte auch in älterer Zeit nicht unbedingt die

---

26) Ueber das Triftrecht als Folge des Weiderechts s. Seuffert XXII. Nr. 217. — Selbst das gelegentliche Weiden während des Durchtriebs ist, wenn es nicht besonders begründet worden, möglichst zu verhindern; der Durchtrieb muß „mit fliegender Geißel" (s. Baier. Landr. a. a. O. Nr. 3.) und also in einem Zuge fort geschehen; s. Hagemann a. a. O. §. 307.

27) Seuffert II. Nr. 140. — Hagemann a. a. O. §. 308.

28) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 67. 68. — Oesterr. Gesetzb. §. 493. — Seuffert IV. Nr. 13. XVIII. Nr. 121. Die entgegenstehende Regel des römischen Rechts ist nicht für recipirt zu halten, da es sich hier um Rechtsverhältnisse handelt, für welche der Sprachgebrauch der Römer nicht maaßgebend ist. Ein Treiben des Viehes findet aber nicht statt, wenn dasselbe einzeln an Stricken geführt wird; s. Pr. A. L. R. a. a. O. §. 66.

29) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 240—48. — Oesterr. Gesetzbuch §. 477. — Pr. Gesetz über Gemeinheitstheilungen v. 2. März 1850. §. 1. (G. S. S. 139.)

1) Albert Judeich, die Grundentlastung in Deutschland. Leipzig 1863. — Neubauer, Zusammenstellungen des in Deutschland geltenden Rechts betreffend Stammgüter u. s. w. unter Verwerthung amtlicher Materialien (Berlin 1879. 4.) S. 44—77. — Wenn auch die Ablösungsordnungen die städtischen Grundstücke nicht unberührt lassen, so beziehen sie sich doch vorzugsweise auf den ländlichen und namentlich auf den bäuerlichen Grundbesitz.

agrarischen Einrichtungen; von jeher kam neben derselben und wenn auch mit ihr vielfach verwachsen, doch in einer gewissen Selbständigkeit das Rechtsverhältniß zwischen den Gutsherrn und den Bauern vor, welches sich in der gewöhnlichen Form des Colonatrechtes als eine Bewirthschaftung des Gutes durch den letzteren im beiderseitigen Interesse darstellt, und überhaupt bei den abhängigen Bauergütern eine gewisse Gemeinschaft in der Oekonomie begründet. Denn die Abgaben und Dienste, welche der Herr erhält, bilden seinen Antheil an dem Ertrage des Bauergutes, und das ganze Verhältniß in den wechselseitigen Beziehungen der Berechtigung und Verpflichtung ist darauf angelegt, daß die eine Wirthschaft von der andern gehalten und getragen wird. Dieselbe volkswirthschaftliche Richtung nun, welche durch die Auftheilung der Gemeindegüter die Auflösung der Feldgemeinschaft herbeigeführt und an deren Stelle das Princip der Einzelwirthschaft gesetzt hat, ist in neuerer Zeit auch für das Rechtsverhältniß zwischen der Gutsherrschaft und den Bauern maaßgebend geworden. Auch nach dieser Seite hin ist die Aufhebung der früheren Gemeinschaft des wirthschaftlichen Betriebes angestrebt worden. Dabei hat man sich in beiden Beziehungen nicht lange damit begnügt, die Auseinandersetzung der Privatwillkühr der Betheiligten zu überlassen und dieselbe etwa nur von Staatswegen zu begünstigen und zu erleichtern; zeigt sich auch meistens die Gesetzgebung anfangs in dieser beschränkteren Weise thätig, so hat sie doch bald einen Schritt weiter gethan, und die Unantastbarkeit des Privatrechts höheren Anforderungen unterordnend, die zwangsweise Durchführung der neueren Organisation gegen den Widerspruch einzelner Betheiligten möglich gemacht. Die Gesetze, welche die Auftheilung der Gemeindegüter und die Ablösung der Grundlasten anordnen, haben daher, im Großen und Ganzen betrachtet, in wirthschaftlicher Beziehung dasselbe Ziel vor sich; die letzteren verfolgen aber außerdem noch einen bestimmten politischen Zweck, indem sie, an die Aufhebung der Leibeigenschaft anknüpfend, die Emancipation des Bauernstandes auch für die Verhältnisse des Grundbesitzes anstreben. Denn in jener wirthschaftlichen Gemeinschaft, welche zwischen der Gutsherrschaft und den Bauern stattfindet, ist die Stellung der ersteren im Allgemeinen maaßgebend und bestimmend, die der letzteren dagegen die abhängige, beschränkte. Mag daher die materielle Entschädigung für die aufgehobenen Grundlasten auch noch so gerecht bemessen werden, und die Maaßregel selbst aus allgemeinen Gründen nothwendig und für alle Betheiligte heilsam erscheinen; so ist doch der größere Vortheil aus der Ablösung auf Seiten des Bauernstandes, welcher erst durch diese große Reform zur wahren Selbständigkeit gelangt ist.

Es handelt sich hier also von Anordnungen der gesetzgebenden Gewalt, durch welche im öffentlichen Interesse über Privatrechte verfügt wird. Die moderne Staatspraxis läßt solche Anordnungen zu, auch wenn sie sich auf Vermögensverhältnisse beziehen, vorausgesetzt, daß demjenigen, um dessen Recht es sich handelt, volle Entschädigung zu Theil wird: es ist das Princip der Enteignung, welches hier zur Anwendung kommt. Bei den Gemeinheitstheilungen bot nun die Entschädigungsmasse sich in den Grundstücken, an denen früher die Nutzungsrechte der Einzelnen bestanden hatten, von selbst dar, und man hat sie in einer Weise verwandt, welche das dauernde Interesse der Corporation nicht immer zur gehörigen Berücksichtigung hat gelangen lassen[2]). Die Grundsätze, welche bei der Auftheilung der Gemeindegüter maaßgebend waren, sind aber auch häufig auf die verwandten Verhältnisse zwischen der Gutsherrschaft und den Bauern bezogen worden, indem man namentlich die Beseitigung lästiger Prädialservituten und besonders der Weidegerechtigkeit durch eine Auftheilung nach dem Maaße der Nutzungsrechte bewirkte, und die eigentlichen Ablösungsordnungen auf die gegen Entschädigung zu beschaffende Aufhebung der Reallasten beschränkte[3]).

Die Thätigkeit, welche die Gesetzgebung in dieser Richtung entwickelt hat, bewegt sich ausschließlich auf dem Gebiete des Particularrechts, da die in den deutschen Grundrechten aufgestellten allgemeinen Normen nicht zur Geltung gelangt sind[4]); es bestehen daher, obgleich

---

2) Vgl. im Allgemeinen §. 84.

3) Pr. Gemeinheits-Theilungs-Ordnung v. 7. Juni 1821. (s. unten §. 198. Note 10. 19.) — Pr. Ablösungsordnung v. 2. März 1850. §. 7. „Auf Grundgerechtigkeiten (Servituten) und andere nach den Grundsätzen der Gemeinheitstheilungs-Ordnung abzulösende Verhältnisse findet das gegenwärtige Gesetz keine Anwendung, soweit der dritte Abschnitt keine Ausnahme enthält." Dagegen sind in das Baier. Ablösungsgesetz v. 4. Juni 1848. Art. 5. folgende Bestimmungen aufgenommen worden: „Die Weide auf Aeckern während ihrer Fructification und auf Wiesen während der Hegezeit wird ohne Unterschied, ob sie auf Herkommen, Verjährung und darauf gegründeten Titeln, oder auf ausdrücklichen besonderen Concessionen und Verträgen mit den Eigenthümern beruhe, ohne Entschädigung aufgehoben. — Die Ablösung der Weiderechte auf Gemeindemarkungen oder Weidedistricten muß auf Verlangen der Mehrheit der Verpflichteten stattfinden, wenn sie für den ganzen Complex des Berechtigten gefordert wird." — Die erste Vorschrift findet sich schon in älteren baierischen Verordnungen ausgesprochen; genauere Regeln über Ausübung und Ablösung des Weiderechts enthält das Gesetz vom 28. Mai 1852.

4) Deutsche Grundrechte §. 34. „Jeder Unterthänigkeits- und Hörigkeitsverband hört für immer auf. §. 35. Ohne Entschädigung sind aufgehoben: 1. die Patrimonialgerichtsbarkeit, die grundherrliche Polizei, so wie die aus diesen Rechten fließenden Befugnisse, Exemtionen und Abgaben; 2. die aus dem guts- und schutzherrlichen Verbande entspringenden persönlichen Abgaben und Leistungen. Mit

ihr im Wesentlichen derselbe Gedanke zum Grunde liegt, sehr erhebliche Verschiedenheiten, auf deren genauere Erörterung hier nicht eingegangen werden kann. Im Allgemeinen ist zu bemerken, daß die älteren Ablösungsordnungen mehr auf die Aufhebung der einzelnen Reallasten gerichtet sind, während die neueren das Institut als solches, insofern es auf einer privatrechtlichen Abhängigkeit des Grundbesitzes beruht, beseitigen und das Princip des freien Eigenthums zur allgemeinen Geltung bringen wollen. Die Durchführung dieses Planes ist freilich nur möglich, wenn der Belastete in den Stand gesetzt wird, sich das zur Ablösung nothwendige Kapital unter allen Umständen zu verschaffen; dazu dient die Einrichtung, daß der Staat die Vermittlung des Ablösungsgeschäftes übernimmt, und dem Belasteten die allmähliche Abzahlung seiner Schuld frei läßt[5]). Im Uebrigen stellen diese Gesetze zunächst fest, welche Rechtsverhältnisse als Reallasten gelten und den Gegenstand der Ablösung bilden sollen; sie schreiben ferner die Grundsätze vor, nach welchen der Geldwerth der jährlichen Leistungen, welche nicht in einem festen Geldzinse bestehen, oder anderer nicht ständiger Abgaben und Dienste zu ermitteln ist, und sie bestimmen endlich den Multiplicator, welcher den Kapitalwerth der Reallast als die schuldige Ablösungssumme herausstellt[6]).

---

diesen Rechten fallen auch die Gegenleistungen und Lasten weg, welche dem Berechtigten dafür oblagen. §. 36. Alle auf Grund und Boden haftenden Abgaben, insbesondere die Zehnten, sind ablösbar; ob nur auf Antrag des Belasteten, oder auch des Berechtigten, und in welcher Weise, bleibt der Gesetzgebung der einzelnen Staaten überlassen. Es soll fortan kein Grundstück mit einer unablöslichen Abgabe oder Leistung belastet werden."

[5]) Ueber die älteren Ablösungsordnungen s. Mittermaier, Grundsätze I. §. 199. — Gengler, Lehrbuch S. 304—5; unter den neueren ist zu nennen das angeführte baierische Gesetz vom 4. Juni 1848., und dazu der Kommentar von J. Pözl (bei Dollmann, die Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Maximilian II. Th. I. Heft 2.), welcher auch die österreichischen Patente vom 7. Sept. 1848. und 4. März 1849., die neueren preußischen Gesetze und die württembergischen Gesetze vom 14. April 1848. und 17. Juni 1849. berücksichtigt. Ferner das preußische Gesetz, betreffend die Ablösung der Reallasten und die Regulirung der gutherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse, vom 2. März 1850. und das Gesetz über die Einrichtung von Rentenbanken von demselben Datum. Vgl. Lette und v. Rönne, die Landes-Cultur-Gesetzgebung des Preußischen Staates I. S. 165 ff. II. S. 204 ff. Dazu noch das Gesetz, betreffend die auf Mühlengrundstücken haftenden Reallasten vom 11. März 1850., mit einem Kommentar von L. v. Rönne, Brandenburg 1850.

[6]) Nach dem preußischen und baierischen Gesetze beträgt die Ablösungssumme den achtzehnfachen Betrag des reinen jährlichen Geldwerthes der Leistung; der Berechtigte kann jedoch den zwanzigfachen Betrag in vierprocentigen Rentenbriefen erheben. Für die Ablösung nicht ständiger Reallasten, namentlich der Besitzver-

Sechstes Kapitel.

Das Pfandrecht.

§. 101.

I. Das ältere deutsche Recht.

Schon in den ältesten Rechtsquellen kommt als Sicherungsmittel des Gläubigers neben der Pfändung (s. oben §. 55.) ein vertragsmäßiges Pfand an beweglichen Sachen vor[1]), welches sich auch in den Rechten des späteren Mittelalters wieder findet und durch Besitzübertragung als Faustpfand bestellt wurde[2]). Die verpfändete Sache stand dabei auf Gefahr des Gläubigers[3]), — ein Rechtssatz, der mit den allgemeinen Grundsätzen des deutschen Rechts über das Tragen der Gefahr in contractlichen Verhältnissen zusammen hing und die Annahme eines widerruflichen Eigenthums auf Seiten des Gläubigers nicht rechtfertigt[4]).

änderungs=Abgaben kommen natürlich besonderen Regeln zur Anwendung. — Ueber die Ablösung der Reallasten und Dienstbarkeiten vgl. überhaupt Rau, Grundsätze der Volkswirthschaftspolitik. 3. Ausg. S. 79—132.

*) Albrecht, die Gewere §. 15—18. — v. Meibom, das deutsche Pfandrecht. Marburg 1867. — Alex. Franken, das französische Pfandrecht im Mittelalter. 1. Abth. Berlin 1879. — J. Kohler, pfandrechtliche Forschungen. Jena 1882. — Stobbe, Handbuch II. §. 106. 107.

1) Eichhorn, Staats= und Rechtsgeschichte I. §. 61. — v. Meibom a. a. O. S. 31 ff. — Franken a. a. O. S. 209 ff. 266 ff. — Stobbe a. a. O. §. 154.

2) Albrecht a. a. O. S. 132 ff. — O. Stobbe, zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 253 ff. — v. Meibom a. a. O. S. 248 ff.

3) Sächs. Landr. B. III. Art. 5. §. 4. „Svat man aver deme manne liet oder sat, dat sal he unverderft weder bringen, oder gelden na sime werde. §. 5. Stirft aver en perd oder ve binnen sattunge ane jenes scult, de it under ime hevet, bewiset he dat unde darn he dar sin recht to dun, he ne gilt is nicht; he hevet aber verloren sin gelt, dar it ime vore stunt, ire gelovede ne stünde den anderes." In §. 4. ist die Regel, in §. 5. eine mildernde Ausnahme aufgestellt. Vgl. Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 212.

4) Albrecht a. a. O S. 134—37. Ueber die gegen Albrecht's Ansicht von Madai (Zeitschrift für deutsches Recht VIII. S 284—325.) und Förster (ebendas. IX. S. 101—43.) von verschiedenen Standpunkten aus erhobenen Einwendungen s. Budde a. a. O. IX. S. 411—39. A. M. ist wieder Trummer, Vorträge II. S. 130 ff. und v. Meibom a. a. O. S. 283 ff., welcher die Regel des Sachsenspiegels aus der Natur der Satzung als eines Tauschgeschäftes herleitet. Allein es kann nicht für richtig angenommen werden, wenn v. Meibom das alte vertragsmäßige Pfand ganz allgemein entweder als Strafgeding oder Tausch auffaßt, und demselben nur die spätere Satzung um Schuld als Conventionalarrest gegenüber stellt.

Ein Pfandrecht an unbeweglichen Sachen kennen die älteren Rechtsquellen nicht[5]); doch haben sich während des Mittelalters drei verschiedene Rechtsinstitute ausgebildet, welche ihrem Zwecke und ihrer Wirkung nach mit der römischen Hypothek verglichen werden können, und auch nach der Aufnahme der fremden Rechtsquellen einen bedeutenden Einfluß auf unsere Rechtsbildung ausgeübt haben. Das sind: das nutzbare Pfand, die Bestellung einer Rente und die neuere Satzung.

1. Der Schuldner versetzt dem Gläubiger ein Grundstück, damit er es bis zur Wiedereinlösung in Besitz und Nutzung behalte. Es ist dies ein selbständiges Geschäft[6]), welches nicht als ein Verkauf auf Wiedereinlösung aufgefaßt werden darf[7]), sondern dem Gläubiger eine Pfandgewere giebt, neben welcher die Gewere des Eigenthümers fortdauert[8]). Die näheren Bedingungen der Wiedereinlösung, welche auch nur für eine bestimmte Zeit vorbehalten werden konnte, hingen von dem Vertrage ab; konnte dieselbe überhaupt nicht mehr geltend gemacht werden, so fand keine Veräußerung der Pfandsache statt, sondern sie ging in das Eigenthum des Gläubigers über[9]).

2. Das Rentengeschäft. Während das ältere deutsche Recht für die obligatorischen Verhältnisse, namentlich in Beziehung auf den Geldverkehr, keiner feineren Ausbildung sich erfreute, hatte es dagegen bei der Elasticität, welche mit dem Begriff der Gewere verbunden war, eine große Mannichfaltigkeit der Rechtsinstitute auf dem Gebiete des Sachenrechts. Insofern diese mit den Verhältnissen der Guts- und Vogtei-

---

[5]) Wenn die, Form. Marculfi, app. Nr. 50. (de Rozière, receuil I. Nr. 374.) beschriebene Verpfändung nicht auf die Einwirkung des römischen Rechts zurückzuführen und als Antichrese aufzufassen ist, so wäre dies wohl das älteste Beispiel einer deutschrechtlichen Satzung. Vgl. überhaupt Kohler a. a. O. S. 79 ff.

[6]) Sächs. Lehenr. Art. 55. §. 8. „Svie seget gut to sattunge gelegen, die seget unrecht, wende sattunge ne mach nieman lien. Sal man gut setten als it helpende si, dat mut geschien vor des landes richtere, so dat man is die dingplichten to getüge hebbe; sal aver lenunge geschien als it helpende si, die sal geschien vor des herren mannen an den man is getüg hebbe. Gelegen sattunge dat ni's weder len noch sattunge.“ Vgl. Homeyer, Sachsensp. II. 2. §. 18. S. 345 ff. und unten §. 158. Note 17.

[7]) Dies ist die Ansicht von Eichhorn a. a. O. II. §. 161[a]. Vgl. Solms. Landr. Tit. 11. §. 8. Die Verschiedenheit der Satzung und des Verkaufs auf Wiederkauf (s. v. Meibom a. a. O. S. 358.) ergiebt sich namentlich aus solchen Urkunden, welche bestimmen, daß das eine Geschäft an die Stelle des anderen treten soll; s. Förster, Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 103. Note 14.

[8]) Albrecht, Gewere S. 144—46. — Gries, Commentar zum Hamburg. Stadtr. I. S. 266. — Budde, Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 435—39. — M. Neumann, Geschichte des Wuchers in Deutschland. S. 180 ff.

[9]) Albrecht a. a. O. S. 146 ff.

herrschaft zusammen hingen, und besondere Abgaben und Leistungen von dem abhängigen Grundbesitze mit sich führten, ist darüber oben (§. 96 ff.) in der Lehre von den Reallasten gehandelt worden. Aber auch dem Landrecht und insbesondere den städtischen Statuten war die Einrichtung bekannt, daß Jemand auf sein Grundstück bestimmte jährliche Abgaben übernahm, und zu diesem Behuf dem Berechtigten eine Gewere und somit einen dinglichen Anspruch an dasselbe einräumte. Der Zweck eines solchen Geschäftes konnte verschieden sein, und namentlich wurden dadurch auch Zuwendungen zu frommen Zwecken beschafft[10]); gewöhnlich aber bediente man sich dieser Form, um Kapitalien in nutzbarer Weise auf Grundeigenthum anzulegen. Die Abgabe (Rente, Geld, Gülte, Zins, census, Wikbilde) wurde dem, welcher die Geldsumme hergab, zu einem, dem jährlichen Werthe derselben entsprechenden Betrage[11]) an dem Grundstücke eingeräumt oder, wie man sagte, aus dem Grundstücke verkauft, so daß der Empfänger des Kapitals der Rentenverkäufer, derjenige, welcher es hergab, der Rentenkäufer genannt wurde. Es ist klar, daß dieses Geschäft im Mittelalter die Stelle des zinsbaren Darlehens vertrat, nur darf man es ebensowenig als eine Erfindung betrachten, um die Zinsverbote des canonischen Rechts zu umgehen (mutuum palliatum)[12]), als es der Natur desselben entsprechen würde, wenn man es als eine mit einer Hypothek versehene Schuldforderung auffassen wollte. Die dingliche Sicherheit freilich bestand, aber sie war nicht die Folge eines zu der Hauptverbindlichkeit hinzutretenden accessorischen Rechtsverhältnisses, sondern ging unmittelbar aus dem Wesen des Geschäftes selbst hervor. Der Rentenkäufer nämlich hatte neben dem dinglichen Recht keine selbständige persönliche Forderung gegen den Schuldner, sondern in seiner Gewere an der Sache lag der Anspruch auf die jährliche Abgabe von derselben, welchen er unmittelbar gegen das Grundstück und insofern auch gegen jeden dritten Besitzer desselben geltend machen konnte[13]). Es ist daher eine eigene Zinsgewere anzunehmen, deren

---

10) Souchay, Anmerkungen zur Frankf. Reformation I. S. 127—28.

11) Der Zinsfuß, wenn man diesen Ausdruck hier gebrauchen darf, wechselte sehr, von 15 bis 5 Procent (s. Kraut, Grundriß §. 109. Nr. 62—68.), bis die R. P. O. v. 1577. Tit. 17. §. 9. den letzteren Satz feststellte; auch kommen in verschiedenen Gegenden gleichzeitig sehr erhebliche Abweichungen vor. Vgl. Arnold, zur Geschichte des Eigenthums S. 235—248. — Neumann a. a. O. S. 251 ff. und besonders dessen Habilitationsschrift: De foenore redituum annuorum emtionis. Hal. Sax. 1864.

12) Eichhorn, Einleitung §. 107.

13) Dies geschah ursprünglich durch Pfändung, statt deren aber auch die Enteignung des Grundstücks eintreten konnte; s. Albrecht a. a. O. S. 159. Note 370. Im Allg. vgl. Schöffenurth. bei Böhme, dipl. Beiträge II. 6. S. 114.

Umfang nach dem Wesen und Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses zu bestimmen ist [14]), ohne daß man die Analogie der gutsherrlichen Reallast herbeizuziehen [15]) oder eine Gewere am Zins, die kein dingliches Recht an der Sache selbst befaßte [16]), aufzustellen braucht.

Im Einzelnen kommen für dieses Institut manche abweichende Bestimmungen vor, doch läßt sich als allgemeine Regel aufstellen, daß der Rentenkäufer, wenn nichts anderes bedungen war, kein Recht der Kündigung hatte [17]). Die Rente war ein bestimmter Vermögenstheil, dem Erbgange und der Veräußerung unterworfen [18]).

3. Die neuere Satzung. Anstatt des nutzbaren Pfandrechts kommt in einigen Statuten eine Satzung vor, welche blos ein dingliches Recht an der verpfändeten Sache, ohne daß Besitz und Nutzung übertragen wurden, gewährte [19]), ja es finden sich schon einzelne Beispiele

---

„Vorkaufft ein man dem andirn ein erbe und vorreicht in das vor gehegitter bank und vorschwiget dem kauffmanne — — des jerlichen cinsis, der uff demselben erbe — — stat, so sal der man sinen czins behalden, als er den in gewere hot." — Stobbe, Zeitschrift für deutsches Recht XIX. S. 201 ff.

14) Phillips, Grundsätze II. S. 98. — Donandt, Versuch einer Geschichte des Bremischen Stadtrechts II. S. 321. — Auer, Stadtrecht v. München. Einleitung S. CXXXVI--XLI. — Souchay a. a. O. S. 187.

15) So Albrecht a. a. O. S. 158 ff.; jedoch dessen Erklärung in den Krit. Jahrbüchern Jahrg. III. S. 313 Note *.

16) Duncker, die Lehre von den Reallasten S. 48 ff. — Stobbe a. a. O. S. 189 ff.

17) J. Möser, patriot. Phantasien II Nr. 18. — Die R. P. O. Tit. 17. §. 9. versagte dem Rentenkäufer sogar die Kündigung, „unangesehn, wie dieselbig Gültverschreibung gestellt ist."

18) Im Allgemeinen ist über dies Geschäft zu vergleichen Albrecht, die Gewere §. 18. — Duncker, die Lehre von den Reallasten S. 69—94. — Donandt, Versuch einer Geschichte des Bremischen Stadtrechts II. S. 309—40. — Auer, das Stadtrecht von München. Einleitung. Ewiggeldrechte nebst dem gerichtlichen Verfahren in Ewiggeldsachen S. CXXIX—CCXL. — Roth, Bayr. Civilr. II. §. 176—79. — Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Recht Th. I. S. 30—40. und Th. 4. (a. u. d. T. Die s. g. Wieboldsrenten oder die Rentenkäufe des Lübischen Rechts). Lübeck 1865. — Souchay, Anmerkungen zu der Reformation der freien Stadt Frankfurt I. S. 126—36. — Stobbe a. a. O. Nr. 6. — Arnold, zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten S. 60 ff. — M. Neumann, Geschichte des Wuchers in Deutschland S. 212—92. — Seuffert XXXII. Nr. 330.

19) Baier. Landr. bei Heumann, opusc. p. 112. „Wer dem andern pfant antwurt, daz aign oder lehn ist, und das pfant dannoch in seiner gewalt beleibt, und das er es enem, dem er es gesetzt hat, ze hant nicht untertänig macht, mit welchem geding das geschicht, da sol er ein brief über geben mit seinen Insigel — — ist es aber ein so gethan man, der Insigels nicht hat, der sol es tun mit Gerichtes Insigel." (Die Ausfertigung eines besonderen Briefes ist hier auf das Geding, nicht auf die Bestellung des Pfandes selbst zu beziehen, für diese war

davon, daß ein solches Pfandrecht an dem ganzen Vermögen bestellt werden konnte[20]). Indessen blieb die ältere Satzung doch lange noch das gewöhnliche Geschäft und überdauerte selbst die Aufnahme des römischen Rechts[21]), wenn auch die Grundsätze desselben über die Lex commissoria und die Berechnung des Ertrags bei der Antichrese in einzelnen Statuten ausdrücklich anerkannt wurden[22]). Auch der Rentenkauf erhielt sich daneben in Geltung[23]), obgleich eine Annäherung desselben an die Satzung statt fand[24]) und er zuweilen zur Vermittlung diente, um eine öffentliche Hypothek an Grundstücken einzuführen[25]).

Betrachtet man diese Geschäfte, in denen sich der Realcredit des deutschen Rechts darstellt, ihrer rechtlichen Natur und ihrer Wirkung nach, so ergiebt sich, daß trotz der vorher bezeichneten Verschiedenheiten eine Uebereinstimmung der wichtigsten Rechtsgrundsätze bei denselben statt fand.

I. Die Satzung wie der Rentenkauf konnten nur bei Grundstücken zur Anwendung kommen, und zwar der Regel nach nur bei einzelnen, bestimmten Grundstücken. Die Verpfändung des ganzen Vermögens, auch in der Beschränkung auf die gegenwärtigen Güter, erscheint als ein anomalisches Rechtsinstitut im Kreise des sächsischen Schöffenrechts[26]).

---

jedenfalls auch nach baierischem Rechte die Auflassung nothwendig; s. unten Note 29.) — Albrecht, Gewere §. 17.

20) Albrecht a. a. O. S. 155—54. Eine Analogie dieses Geschäftes bildet die Vergabung von Todes wegen an einem ganzen Vermögen; s. Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. §. 10. 11. — Auch von der Bestellung einer Rente an dem ganzen Vermögen kommen in späterer Zeit Beispiele vor; s. Eichhorn, St. und R. G. III. §. 450. Note k.

21) Frankf. Reformation Th. I. Tit. 18. §. 1. 9—14. — Württemb. Landr. Th. II. Tit. 7. §. 5. a. E. — Reck, das deutsche Credit- und Hypothekenwesen I. S. 24.

22) Solms. Landr. Tit. 15. §. 2. — Hamb. Stadtr. Th. II. Tit. 4. Art. 9. 10.

23) In Hamburg wurden noch bis gegen das Ende des 17. Jahrhunderts fast nur Renten in den Rentenbüchern verzeichnet, s. Gries, Commentar I. S. 267. Note *. — Hamburg. Stadtr. Th. I. Tit. 16. Art. 5. In Frankfurt (s. Reform. Th. II. Tit. 3. §. 20—24. — Tit. 7.) sind sie erst in neuerer Zeit außer Gebrauch gekommen, s. Souchay a. a. O. I. S. 131—32.; in München findet sich noch gegenwärtig das Ewiggeld als ein selbständiges Recht an einem fremden Grundstück, s. Auer a. a. O. S. CLI.

24) Albrecht a. a. O. S. 177 ff.

25) In Bremen werden noch jetzt Handfesten auf den Inhaber über bestimmte Summen verlassen, durch deren weitere Begebung erst das öffentliche Pfandrecht bestellt wird; s. Rev. Erbe- und Handfesten-Ordnung §. 78 ff.

26) Die bei Kraut, Grundriß §. 139. Nr. 53. aus Urstisius mitgetheilte Stelle „sub omnium bonorum suorum hypotheca“ ist wohl unbedenklich auf römisches Recht zurückzuführen. (In der 4. Ausgabe findet sich die Stelle nicht mehr.)

II. Wenn oben (§. 88.) nachgewiesen worden ist, daß nach deutschem Recht zur Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken die gerichtliche Auflassung erforderlich war, so ist dieser Grundsatz hier in der Ausdehnung zu wiederholen, daß überhaupt eine Gewere als dingliches Recht an unbeweglichen Sachen nur durch die Auflassung bestellt werden konnte. Ueber die allgemeine Geltung dieser Regel bestehen gegenwärtig keine Zweifel mehr[27]), und namentlich für die Satzung sowohl in der älteren als der späteren Form, wie für den Rentenkauf (die Bestellung einer Zinsgewere) liegen darüber die unzweideutigsten Quellenzeugnisse vor[28]). Auch in diesen Fällen setzte sich an die Auflassung, welche von dem gehörig legitimirten Eigenthümer der Sache vorgenommen ward, die weitere Form der Eintragung in die öffentlichen Bücher an[29]), und indem Auszüge aus denselben und besondere Urkunden über die gekaufte Rente (Handfesten) ausgestellt wurden, wurde für den Beweis des erworbenen Rechts und andere processualische Vortheile in angemessener Weise gesorgt[30]) und auch die Uebertragung erleichtert, wenn gleich im Allgemeinen der Grundsatz bestehen blieb, daß für die weitere Uebertragung wie für die erste Bestellung des dinglichen Rechts die Auflassung erforderlich sei[31]).

III. Es ist oben für das Rentengeschäft bereits die Ansicht geltend gemacht worden, daß der auf das Grundstück gelegte Zins ein selbständiges Recht an der Sache begründet habe, in Folge dessen sie für die

---

27) Albrecht a. a. O. § 8. — Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch. II. §. 359. Note b. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 160. — Phillips, Grundsätze I. §. 61. u. s. w. S. jedoch oben §. 88. Note 2.

28) Sächss. Lehenr. Art. 55. §. 8. s. oben Note 6. — Lüb. Recht v. 1240 Art. 18. „Set oc jeman sin erve dem andern vor schult, he schal it eme setten vor dem rade, de settinge blift stede." — Rev. Lüb. Recht B. III. Tit. 6 Art. 2. „Wann einer liegende Gründe, stehende Erbe, auch Rente verkaufft, die sollen dem Käuffer für dem sitzenden Rathe verlassen werden."

29) Baier. Landr. bei Heumann, opusc. p. 150. „Wer erb und aygen zu pfant wil setzn, der sol das tun vor gericht in offner schran in den vier wenden und das sol man schreiben in das gericht puch." — Rev. Lüb. Recht a. a. O. — Es entwickelten sich aus dieser Einrichtung die Stadt-Rentenbücher, die Grundlage der neueren Hypothekenbücher; s. Pauli, Abhandlungen I. S. 5 ff. — Gries Commentar zum Hamb. Recht I. S. 267. — Baumeister, Hamb. Privatrecht I. S. 169. 198 ff.

30) Hildesheim Statuten (Pufendorf, obs. jur. IV. app. Nr. XV.) art. 141. — Gries a. a. O. — Baumeister a. a. O. §. 25. — Heise und Cropp, jur. Abhandlungen I. S. 376. — Donandt, Versuch einer Geschichte des Bremischen Stadtrechts II. S. 309 ff.

31) Pauli, Abhandlungen aus dem Lüb. Recht I. S. 33. — Auer, das Stadtr. von München S. CXXX. Note 5. — Beseler, Lehre von den Erbvertr. II. 1. S. 236—37.

Leistung verhaftet war, daß aber daneben keine besondere persönliche Forderung gegen den Schuldner auf Erfüllung einer Verbindlichkeit bestand. Auch bei der älteren Satzung war das Rechtsverhältniß im Wesentlichen dasselbe: die verpfändete Sache ging in die Gewere des Gläubigers über und diente schon in dieser Lage vorläufig zur Befriedigung seines Anspruchs gegen den Schuldner, bis sie wieder eingelöst wurde oder an die Stelle der Pfandgewere das Eigenthum des Gläubigers trat[32]). Selbst in den Fällen, wo eine Satzung ohne Uebertragung des Besitzes vorkam, konnte nach einigen Rechten der Gläubiger die Uebereignung der Sache zu seiner Befriedigung verlangen[33]), und wo statt dessen ein bestimmt geordnetes Distractionsverfahren vorgeschrieben war und der Ueberschuß an den Pfandschuldner herausgegeben werden mußte[34]), war doch nicht nothwendig eine solche Veränderung des Rechtsverhältnisses eingetreten, daß das dingliche Recht als die blos accessorische Sicherung der gegen den Schuldner gerichteten Hauptverbindlichkeit erschien; denn die Art der Hülfsvollstreckung bei Auflösung eines Rechtsverhältnisses bestimmt noch nicht die Natur desselben. Das ergiebt sich namentlich aus den Rechten, welche das Rentengeschäft im Sinne der neueren Satzung umgebildet haben, ohne die Selbständigkeit der Zinsgewere aufzugeben[35]). Wenn man sich nur einmal von der im römischen Recht begründeten Ansicht über die Bedeutung der Hypothek losmacht, und diese nicht von vorne herein für die allein mögliche hält, so läßt es sich auch recht gut denken, daß ein Rechtsverhältniß mit Rücksicht auf ein anderes ins Leben gerufen wird, ohne deswegen unbedingt von demselben abhängig zu sein. Blieben beide im vorliegenden Falle auch in einer gewissen Beziehung zu einander, und wirkte nament-

---

32) Albrecht a. a. O. S. 146.

33) Albrecht a. a. O. S. 152—53. — Reyscher, gem. und württemb. Privatrecht II. §. 208. — M. Neumann a. a. O. S. 201 ff.

34) Hamb. Stadtr. v. 1270. I. Art. 14. — Stader Statuten (Pufendorf, obs. jur. I. app. Nr. VI.) Art. 10. — Albrecht a. a. O. S. 150—52. — Neumann a. a. O. Die Frage, ob der Schuldner persönlich für den Ausfall gehaftet habe (s. v. Meibom, Jahrbuch des gem. deutschen Rechts S. 443 ff. und v. Gerber, Jahrbücher für die Dogmatik VI. S. 274 ff.), läßt sich nicht unbedingt bejahen oder verneinen, da es hierbei nicht allein auf die verschiedene Ausbildung des Instituts, sondern auch auf die bei der Pfandbestellung getroffenen Vereinbarungen ankam. Vgl. Delbrück, Zeitschr für deutsches Recht XV. S. 125 ff.

35) A. M. ist Albrecht a. a. O. S. 177 ff.; s. aber Brakenhoeft in Weiske's Rechtslexicon V. S. 370. — Donandt a. a. O. II. S. 321. — Auer a. a. O. S. CXLI—XLII. — Souchay, Anmerkungen I. S. 187. — Auch in Hamburg, wo das Rentengeschäft verschwunden ist, hat sich doch die Selbständigkeit des Pfandrechts, auf welches schon früh das Distractionsverfahren angewandt wurde, in den wesentlichsten Beziehungen erhalten; s. unten §. 103. Note 33.

lich die Kündigung der Rente, die Wiedereinlösung der Pfandsache, die Zahlung der Pfandschuld auf das bestellte dingliche Recht zurück, so geschah es doch nur in indirecter Weise, indem ein Anspruch auf die Aufhebung desselben für den Schuldner begründet ward. Dies mußte besonders deutlich hervortreten, als die Eintragung in öffentliche Bücher ein wesentlicher Theil der Auflassung geworden war und dieselbe in formeller Hinsicht beherrschte; aber es beruhte in seinem letzten Grunde nicht auf dieser äußeren Form, sondern auf der ganzen Anschauung von der Selbständigkeit des bestellten dinglichen Rechts.

Es kann daher im Allgemeinen sowohl für die Satzung wie für das Rentengeschäft die Regel aufgestellt werden, daß das dadurch begründete dingliche Recht kein blos accessorisches war, sondern auch unabhängig von einer daneben her gehenden persönlichen Forderung seine selbständige Bedeutung hatte.

II. Das Immobiliarpfandrecht.

§. 102.

a. Das Immobiliarpfandrecht unter dem Einflusse des römischen Rechts.

Wenn man erwägt, ein wie sicheres Fundament des Realcredits das deutsche Recht in der Auflassung zu Eigenthum wie zur Bestellung einer Satzung oder einer Zinsgewere, gewonnen hatte, so wird die Aufnahme des römischen Rechts namentlich für den Kreis der hieher gehörigen Rechtsverhältnisse als besonders verhängnißvoll erscheinen müssen. Läßt dasselbe doch das Eigenthum an Grundstücken durch eine formlose Besitzübertragung übergehen, und ein Pfandrecht nicht nur an einzelnen Sachen, sondern auch an dem ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen durch bloßen Vertrag bestellen, erkennt aber daneben eine große Anzahl gesetzlicher Hypotheken an und durchbricht die Reihenfolge nach dem Alter der Bestellung durch zahlreiche Privilegien. Dies neue Recht, welches von den Juristen auch in dieser Lehre unbefangen als das geltende angewandt wurde (nur wenige Städte, die Sitze der Verlassung und einer geordneten Buchführung, erhielten sich im Wesentlichen den alten Zustand), mußte in den Creditverhältnissen die größte Revolution herbeiführen, und wenn dies nicht ganz in dem Umfange, wie zu erwarten, der Fall war, so erklärt es sich wohl hauptsächlich aus dem Umstande, daß man sich in der Praxis vieler Gegenden noch längere Zeit nach der Annahme des römischen Rechts in den althergebrachten Geschäftsformen der Satzung und des Rentenkaufs bewegte. Dazu kam, daß auch das römische Recht in dem pignus publicum und quasi

publicum ein freilich sehr unzureichendes Mittel gewährte, unter den nicht privilegirten Pfandrechten eine gewisse Sicherung des im Alter begründeten Vorzugs herzustellen, und daß man theils in dieser Einrichtung theils in andern schon oben §. 88. bezeichneten Versuchen, die Wirkung der gerichtlichen Auflassung durch römischrechtliche Analogien wenigstens annäherungsweise zu erreichen, einen Anhalt gewann, um den Realcredit einigermaßen gegen die im römischen Recht durchgeführten Grundsätze zu bewahren. Bei diesem Bestreben fehlte aber nur zu oft die klare Anschauung von dem Wesen der in Frage stehenden Rechtsinstitute; man ließ sich, von dem Trieb nach deutschen Geschäftsformen beherrscht, oft verleiten, in dem öffentlichen Pfande des römischen Rechts und den ihm nachgebildeten Instituten größere Garantien zu erblicken, als sie gewähren konnten, und schuf, indem man Fremdartiges zusammentrug, eine unorganische Vermischung deutscher und römischer Einrichtungen, aus der ein Rechtszustand hervorging, so unklar und verworren, daß die Anwendung des reinen römischen Rechts demselben fast vorzuziehen gewesen wäre[1]).

In diesem Entwickelungsproceß machten sich nun aber wieder die einzelnen auf denselben einwirkenden Momente in sehr verschiedener Weise geltend: bald überwog das deutschrechtliche bald das römischrechtliche Element, und auf die Feststellung des Particularrechts übte bald die Gesetzgebung bald die Praxis einen überwiegenden Einfluß aus, so daß in den einzelnen Staaten, ungeachtet einer gewissen Gleichförmigkeit in der Richtung der Rechtsbildung, diese selbst doch eine sehr verschiedene Gestalt annahm. Es kommt daher zunächst darauf an, die Einwirkung des römischen Rechts auf das deutsche Hypothekenwesen durch eine Sonderung der Particularrechte in verschiedene Gruppen näher zu bestimmen. Daraus wird sich ergeben, daß ein auch nur in den wesentlichsten Zügen gleichartig ausgebildetes System, wie etwa das der s. g. Ingrossation dargestellt zu werden pflegt, hier so wenig wie bei den der Auflassung zu Eigenthum nachgebildeten Instituten anzutreffen ist, und daß die Doctrin in dieser Lehre viel zu sehr generalisirt hat.

a) Die Auflassung ist in Beziehung auf das Pfandrecht in ihrer vollen Wirksamkeit erhalten und der Realcredit des älteren Rechts dadurch in den wesenlichsten Punkten bewahrt worden. Ein solcher Zustand liegt nach den Rechten vor, welche, wie das Stadtrecht von München,

---

1) In vortrefflicher Weise hat K. Reck, das deutsche Credit- und Hypothekenwesen Heft 2. (Göttingen 1832.) diesen Gedanken an einer Kritik des Begriffs der öffentlichen Hypothek nach hannöverschem Rechte ausgeführt.

das Rentengeschäft consequent fortgebildet haben[2]); es findet sich aber auch da, wo man die auf der Auflassung beruhende Satzung des deutschen Rechts beibehalten hat, was namentlich in einzelnen norddeutschen Stadtrechten geschehen ist. Doch kommt unter diesen Statutarrechten eine Verschiedenheit vor. Einige, zu denen das Lübische Recht gehört, kennen nur die Verpfändung von Grundstücken durch Auflassung, und gestatten die gesetzlichen und, abgesehen von dem Faustpfande an Mobilien, die Privatverpfändungen gar nicht[3]). Andere Rechte beschränken sich darauf, der durch die Auflassung bestellten öffentlichen Hypothek ein unbedingtes Vorzugsrecht vor allen andern Verpfändungen einzuräumen, lassen die gesetzlichen und Privatpfänder aber daneben mit beschränkter Wirksamkeit bestehen. So verhält es sich z. B. nach dem Hamburgischen Stadtrechte[4]).

b) Man hat die Normirung des Hypothekenwesens an die deutsche Auflassung angeknüpft, dieses Institut aber nicht in seiner alten Reinheit zu bewahren gewußt, sondern dasselbe unter dem Einfluß der romanisirenden Theorie verändert. Ein Beispiel dieser Rechtsbildung bietet das chursächsische Recht. In den Constitutionen wurde namentlich die Auflassung als eine Insinuation vor dem Richter der belegenen Sache und beziehungsweise dem Lehenherrn aufgefaßt, und in dieser Form bei der Verpfändung des ganzen Vermögens wie einzelner Grundstücke in Anwendung gebracht, daneben aber auch das römische pignus quasi publicum anerkannt, und nur der gerichtlichen Hypothek nachgesetzt. Auch das einfache Conventionalpfand war nicht ohne alle Wirkung

---

2) Auer, Stadtrecht von München, Einleitung S. CXXIX—CCXL. Ueber eine eigenthümliche Fortbildung dieses Geschäftes in Zürich s. Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte II. S. 224—57.

3) Rev. Lüb. Recht B. III. Tit. 4. Art. 1. „Wil jemand seine liegende Gründe und stehende Erbe versetzen oder verpfänden, der soll es thun vor dem Rathe, so ist es kräfftig und beständig." — Die von Mevius (comment. ad h. l. Nu. 58—65.) aufgestellte Ansicht, daß die öffentliche Hypothek auch in Lübeck nur ein Vorzugsrecht habe, aber nicht allein gelte, hat sich gegen die klaren Worte des Statuts in der Praxis nicht behaupten können; s. Heise und Cropp, jur. Abhandlungen I. S. 389.

4) Hamb. Stadtr. Th. II. Tit. 4. Art. 4. s. oben §. 89. Note 24. — Tit. 5. Art. 1. — Heise und Cropp a. a. O. Nr. XIX. — Gries, Commentar zum Hamb. Stadtr. I. S. 276 ff. — Baumeister, Hamb. Privatr. I. §. 32. 33. — Nach dem älteren Stadtrecht wurde auch in Hamburg eine Hypothek an Grundstücken nur durch die Auflassung erworben; neben der Satzung gab es weder ein gesetzliches Pfandrecht (s. Statuten v. 1270. V. Art. 2.) noch ein Privatpfandrecht. Wenn Cropp a. a. O. S. 391. das Letztere auch schon in den älteren Statuten für begründet hält, so spricht gegen diese Annahme die consequente Entwickelung des älteren deutschen Sachenrechts.

und die gesetzliche Hypothek für bestimmte Fälle aufgenommen[5]). Diese Bestimmungen wurden aber in der erläuterten Proceßordnung wesentlich verändert, indem die Generalhypotheken und die gesetzlichen Pfandrechte aufgehoben und bei Immobilien nur die Bestellung eines öffentlichen Pfandrechts vor dem Richter oder dem Lehenherrn zugelassen wurde; auch wurde bestimmt ausgesprochen, daß die bloße Insinuation oder die Bestätigung des Vertrags zur Bestellung der Hypothek nicht genügen, sondern dieselbe durch die ausdrücklich darauf gerichtete richterliche Confirmation, die eine Voruntersuchung und ein Decret nothwendig voraussetzt, beschafft werden sollte[6]). Die Confirmation trat also an die Stelle

---

[5]) Chursächs. Constitutionen v. 1572. P. II. const. 23. „Wiewol nach gemeinen Rechten ein jeder seine Güter ohne gerichtliche insinuation oppignoriren und verpfänden kan, so ist doch solches der Oerter, da Sächsisch Recht gehalten, durch langwirigen Gebrauch anders eingeführt, nemblich, daß die special Verpfändung unbeweglicher Güter, oder aber auch, wann sie gleich general und allgemein auff alle güter gerichtet, für der Obrigkeit, unter welcher sie gelegen, oder auch den Lehenherren muß insinuiret werden, sonsten aber unkräfftig sey. Unnd dieses hat vernünfftige Ursachen, damit ein Gut nicht vielen versetzt und also die Leuthe betrogen werden. Jedoch wann einer ein Gut absque insinuatione verpfändet, und es wollens seine Erben wieder haben, unnd den Pfandschilling nicht wieder erstatten, — — so seynd sie nicht zu hören — —. Wann auch ein Gläubiger für zween oder drey Zeugen oder durch Auffrichtung eines Vertrags, so mit etlicher Händler Siegel bekräfftiget, hypothecam generalem oder specialem constituiren würde, so soll es auch für eine hypotheca geachtet und allen chirographariis creditoribus vorgezogen werden. Es sollen aber die gerichtlichen Verpfändungen allen andern hypothecis, so nicht coram judice geschehen, fürgehen, ungeachtet ob die andern der Zeit halber älter wären." — — Ueber die gesetzlichen Pfandrechte s. constit. 24 ff. — Vgl. Lüneburger Stadtr. Th. II. Tit. 17. 19.

[6]) Chursächs. Erläuterte Proceßordnung v. 1724. ad tit. XLIV. §. 1. „Es soll in Zukunfft keine General-Hypothec, sie mag gerichtlich oder außergerichtlich, in Rebus immobilibus oder mobilibus, constituiret werden, weder in concursibus creditorum noch sonst contra tertium Possessorem, von einiger Krafft und Würckung seyn, sondern es ist in Rebus immobilibus die Verpfändung jedesmahl auf gewisse Grundstücke zu richten, und von dem Richter, unter dessen Jurisdiction dieselben gelegen, oder bey Lehn-Gütern von dem Lehn-Herrn, der Consens darüber zu ertheilen." — ad tit. XLV. §. 1. „Die Hypothecas tacitas, weille dadurch öffters große Gefährde, und besonders bey Concursibus Creditorum, vieler Aufenthalt verursacht worden, wollen Wir hiermit gäntzlich aufgehoben haben — —. — ad tit. XLVI. §. 1. „Diejenigen Creditores, so eine gerichtliche Special-Hypothec, als welche in Zukunfft allein vor beständig zu achten, erlanget, sind sofort nach denen, so in die erste Classe gehören, schlechterdings secundum Prioritatem temporis, jedoch ein jeglicher nur von demjenigen Guth, darauf er solche Hypothec erhalten, zu befriedigen. — — §. 2. Desgleichen wollen Wir auch, daß keine Hypothec — — ganz oder zum Theil anderer gestalt, als vermöge gerichtlicher Confirmation und Consenses — cediret werden möge — —. §. 3. Es

der Auflassung, und zwar in abweichender Weise, wie es nach anderen Particularrechten bei der Eigenthumsübertragung in die öffentlichen Bücher, sei es des Contracts oder des bestellten Pfandrechts, nicht als eine wesentliche Förmlichkeit vorgeschrieben war[7]).

c. Andere Particularrechte haben gerade auf die Eintragung in die öffentlichen Bücher, die aber noch keine besonderen Hypothekenbücher zu sein pflegten, das größte Gewicht gelegt; doch haben wenigstens einige derselben dem römischen Rechte bei dieser Einrichtung insoweit nachgegegeben, daß sie die Handlung nicht nothwendig von dem Gericht der belegenen Sache vornehmen ließen und auf die Sicherung des Beweises das Hauptaugenmerk richteten[8]).

sollen aber — — und die bloße Corfirmation eines Contracts, wenn gleich dieselbe auf alle Puncte und Clausuln gerichtet, vor keinen Consens gehalten werden." — Die näheren Bestimmungen über die Bestellung der Hypothek durch richterliche Confirmation waren übrigens schon vorbereitet worden. Während die oben angeführte Constitution in ihrem weiteren Verlauf nur bei der Verpfändung der Erbenzinsgüter die Gunst oder Bewilligung des Herrn ausdrücklich verlangt, sagt die Proceßordnung v. 1622. schon allgemein: „insinuiret oder Gunst darüber ausgebracht werden", und B. Carpzov, jurispr. for. rom. saxon P. II. const. 23. def. 1. 26. 27. setzt die causae cognitio als mit der ganzen Einrichtung nothwendig verbunden voraus.

[7]) Daß auch in Sachsen „Consensbücher" gehalten wurden, ergiebt sich aus der Erläuterten Proceßordnung ad tit. XLV. §. 1.

[8]) Solmß. Landr. Tit. 15. „Welcher leygende Güter seiner schulden halben verpfanden oder versetzen wolt, der mag es thun, doch soll solches anders nit denn für Gericht geschehen, und in das Scheffenbuch eygentlich eingeschrieben werden, mit außtrücklicher erklärung des geliehens Gelts, der gemachten frist und ziel, und darfür verlegten underpfand, und ohn das soll solche versetzung, unkräfftig und nichtig sein." — Württemb. Landr. v. 1567. S. CCXXX. „Welcher ein ligendt Gut umb Schulden einsetzt, der sol dasselb zum wenigsten in das gerichtsbuch einschreiben lassen. Will er aber ein Zinß auff ein Gut slahen, so soll er es offentlich vor einem Gericht fertigen, und des, vermög unser Landesordnung, zuvor Erlaubnuß und Vergöndung außbringen, Sonst wann anderst gehandelt würdt, soll die Verpfandung oder Zinßverschreibung kein krafft haben." (Diese Stelle ist mit geringen Abänderungen dem von Ulrich Zasius verfaßten Freiburger Stadtrecht von 1520 entnommen; s. Wächter, Handbuch I. §. 74. Note 23.) — Württemb. Landr. v. 1610. Th. II. Tit. 7. „Wann ein ligend Gut Unterpfandsweise verschriben oder verhafft würdt, soll dasselbig in das Gerichtsbuch eingeschriben oder sonsten, vermög gemeiner geschribnen Rechten, beweißlich fürgenommen werden." — Churpfälz. Landr. Th. II. Tit. 16. §. 2. „Es mag aber nicht allein ein gewiß Gut mit Namen, es sey ligend oder fahrend, verpfändt werden, sondern ist in gemein die Verpfändung und Versetzung aller gegenwärtigen und zukünfftigen Gütern, auch alles desjenigen, so man kauffen und verkauffen mag, zugelassen. Doch so jemands ein ligend Gut, gegenwärtig oder künfftig, vor eine Schuld zu Pfand einsetzen, oder ein Zinß darauff schlagen wolt, soll solches nicht anders gelten noch kräfftig seyn, es wäre dann solch Verpfändung oder Zinßverschreibung, wie oben vom Verkauff ligender Güter, sondern aber in Unserer

d) Hiervon verschieden ist wieder die, besonders im Interesse des Steuerwesens vorgeschriebene Form, welche in einer Anmeldung der Verpfändung vor dem Gericht der belegenen Sache besteht, aber nur zur Kenntnißnahme der Behörde, ohne daß mit derselben eine Voruntersuchung oder ein bestätigendes Dekret oder die Eintragung in öffentliche Bücher verbunden würde[9]).

Wie wesentlich verschieden die hier bezeichneten Einrichtungen, welche noch in manchen andern Punkten von einander abweichen und in verwandten Particularrechten wieder besonders modificirt erscheinen, unter einander sind, bedarf keiner näheren Ausführung. Nichts desto weniger versuchte die juristische Doctrin, ein gemeinrechtliches System der öffentlichen deutschen Hypothek aus denselben zu abstrahiren, und kam zu gewissen Regeln über die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts der belegenen Sache, die Voruntersuchung, die Eintragung in öffentliche Bücher, welche aber in dieser Allgemeinheit der wissenschaftlichen Begründung entbehrten[10]), und daher auch in ihrer Anwendung auf einzelne Particularrechte, wenn sich in denselben nicht eine consequente Gesetzgebung bethätigt oder ein festes Gewohnheitsrecht ausgebildet hatte, nur zur Verwirrung und Rechtsunsicherheit führten[11]). Das Hypothekenwesen setzt, wenn es die Grundlage eines

Lands-Ordnung unter dem XIV. Titul hievon verordnet, insinuirt, und daß die Güter genugsamb erkandt worden. Zu welchem End dann, bey einem jeden Ampt, Rath oder Gericht ein besonder Buch gehalten werden soll." Vgl. oben §. 88. Note 23.

9) Braunschweig-Lüneburg. Verordnung v. 6. Oct. 1712. — „setzen ordnen und wollen, daß von nun an überall keine bürgerlichen Häuser, Aecker, Garten, Wiesen oder andere unbewegliche Bürger-Güter an jemanden anders — — ohne Vorwissen und vorhergegangener Anmeldung an die ordentliche Stadtobrigkeit, unter deren jurisdiction oder in deren Feldmark das zu veralienirende Stück belegen, veräussert, verkauffet, vertauschet, versetzet, denen Töchtern in dotem mitgegeben oder sonsten einiges jus in re, unter was vor einen Vorwand auch solches geschehen mag, transferiret werden solle" — —. — Verordnung v. 17. Aug. 1739. Vgl. oben §. 88. Note 17. und Leonhardt, zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigenthum S. 5 ff.

10) Eine in dieser Richtung einflußreiche Schrift, welche mit besonderer Unbefangenheit die verschiedenartigsten Hypothekensysteme zur Begründung einer gemeinrechtlichen Theorie zusammenwirft, ist: Gabr. Schweder, de auctoritate publica ad pignoris s. hypothecae publicae constitutionem necessaria. 1716. (Disputt. II. disp. XXXIII.)

11) Dies Schicksal hat selbst die sonst so ausgezeichnete hannöversche Jurisprudenz in der Anwendung der oben Note 8. angeführten Verordnung gehabt; s. Pufendorf, observatt. jur. I. 197. II. 159. 160. III. 53. 180. 206 IV. 176. 198. — Strube, rechtliche Bedenken I. 18. II. 45. 109. — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen II. 43. IV. 59. VI. 71. — v. Ramdohr, jur. Erfahrungen II. S 336 ff. und über diese Ausführungen die Kritik von K. Reck, über das deutsche Credit- und Hypothekenwesen II. S. 46—167.

gesunden Realcredits sein soll, bestimmte positive Einrichtungen voraus, welche, wenn sie nicht von Alters her bestanden haben, nicht durch die Jurisprudenz, sondern nur durch die Gesetzgebung eingeführt und in der rechten Art wirksam gemacht werden können.

§. 103.

b. Das Immobiliarpfandrecht in seiner neuesten Entwickelung.

Die wichtige Reform, welche in der chursächsischen erläuterten Proceßordnung für das Hypothekenwesen begründet wurde, beweist schon, daß man in jener Zeit ernstlich darauf bedacht war, den Einfluß des römischen Rechts von diesem Gebiete zu entfernen und zu den deutschrechtlichen Grundsätzen über den Realcredit wieder zurückzukehren. Fast gleichzeitig mit jenem Gesetze erschien die preußische Concurs- und Hypothekenordnung vom 4. Febr. 1722., welche im Anschluß an ältere Einrichtungen[1]) bestimmte, daß ein öffentliches Pfandrecht an Immobilien nur durch die Eintragung in besonders dazu bestimmte Hypothekenbücher vor dem Gerichte der belegenen Sache solle erworben werden können. Auch fehlte es nicht an Juristen, welche diesen Fortschritt in der Particulargesetzgebung für die deutsche Rechtswissenschaft fruchtbar machten, und vornämlich erwarb sich J. H. Böhmer das Verdienst, den Gegensatz der öffentlichen Hypothek des römischen Rechts von der deutschrechtlichen bestimmt hervorzuheben, indem er die letztere auf die gerichtliche Auflassung zurückführte, und die Bedeutung des Instituts für den Realcredit nachwies[2]). In der That war dies der entscheidende Punkt, und das mit der Auflassung verbundene Buchwesen namentlich der Hansestädte zeigte den Weg, auf welchem man bei der veränderten Gerichtsverfassung die Vortheile der früheren Einrichtungen für die Gegenwart sichern konnte. Auch wurden jetzt in verschiedenen Ländern die Versuche, in dieser Weise das Hypothekenwesen zu reformiren, häufiger[3]). bis endlich in der preußischen Hypothekenordnung vom 20. Dec. 1783. die moderne Rechtsentwickelung ihren bestimmten Ausdruck und ihre systematische Ausführung fand. Die späteren Hypothekengesetze, wenn auch

---

[1]) S. Koch, Lehrbuch des Preußischen gemeinen Privatrechts I. §. 227. Besonders zu beachten ist namentlich das ostpreußische Provinzialrecht von 1620.

[2]) J. H. Boehmer, exercitationes ad pand. III. exerc. 60. De praerogativa hypothecarum publicarum. cap. I. — secundum jus civile. cap II. De praerogativa hypothecarum judicialium in rebus immobilibus constitutarum secundum jura Germaniae provincialia.

[3]) S. z. B. Mecklenburg. Landesgrundgesetzlicher Erbvergleich v. 1755. §. 371—72. (vgl. Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 110 ff.) — Churfürstlich Mainz. Landrecht v. 1755. Tit. 19. §. 5. Dagegen folgt das Baier. Landr. v. 1756. Th. II. Cap. 6. noch dem römischen Rechte.

im Einzelnen mannichfach verschieden, sind doch mehr oder weniger von dem Standpunkte der preußischen Hypothekenordnung von 1783 ausgegangen[4]), und haben nur in neuester Zeit sich bestrebt, das Princip der Auflassung auch auf die Eigenthumsübertragung consequent zur Anwendung zu bringen[5]) und

---

4) Auf Grund der Hypothekenordnung ist das preußische Pfandrecht im A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 1—535. bearbeitet. Ueber die jetzt geltende Gesetzgebung s. oben §. 88. a. E. Außerdem kommen unter den neueren Gesetzen besonders in Betracht: Oesterr. Gesetzbuch §. 447—71. — Für Mecklenburg-Schwerin: Hypothekenordnung für Büdner und Erbenzinsleute auf dem Domanium v. 12. März 1814. — Hypothekenordnung für die ritterschaftlichen Landgüter v. 12. Nov. 1819. (für Mecklenburg-Strelitz v. 22. Dec. 1819.), revidirt v. 18. Oct. 1848. — Stadtbuchordnung v. 22. Dec. 1829. (für Mecklenburg-Strelitz v. 6. Jan. 1830.) rev. v. 21. Dec. 1857. — Hypothekenordnung für die von den Landesklöstern in Erbpacht gegebenen Grundstücke v. 20. Febr. 1837. Vgl. meinen Aufsatz in der Zeitschrift für deutsches Recht X. Nr. IV. — H. Tschierpe, Erörterungen zur Mecklenburge revidirten Hypothekenordnung über Landgüter v. 18. Oct. 1848. Wismar und Ludwigslust 1852. — Für Baiern: Hypothekengesetz v. 1. Juni 1822. — Prioritätsordnung von dems. Datum; vgl. v. Gönner, Commentar über das Hypothekengesetz. 2 Bände. München 1823—24. — Roth, Bayr. Civilr. II. §. 182—97. — Für Württemberg: Pfandgesetz v. 15. April 1825. — Prioritätsgesetz von dems. Datum. — Executionsgesetz von dems. Datum. — Für Sachsen-Weimar: Großherzoglich Sächs. Gesetz über das Recht an Faustpfändern und Hypotheken v.27. Mai 1839. — Gesetz über die Vorzugsrechte der Gläubiger von dems. Datum. Für das Königreich Sachsen: Gesetz, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betreffend v. 6. Nov. 1843. Dazu der Commentar von Heyne. 2 Bde. Leipzig 1845—46. — Für Nassau: Gesetz, die Behufs des Eintrags dinglicher Rechte an Immobilien zu führenden Bücher betreffend v. 15. Mai 1851., und: Gesetz, das Pfandrecht und die Rangordnung der Gläubiger im Concurse betreffend, von demselben Datum. — Für Hannover: Gesetz über das Pfandrecht und die Befriedigung der Gläubiger im Concurse v. 14. Dec. 1864. Die Bremer Erbe- und Handfesten-Ordnung v. 1833. (rev. v. 30. Juli 1860.) hat für das Hypothekenwesen ein ganz eigenthümliches Rechtssystem, s. oben §. 101. Note 25. und überhaupt: H. A. Mascher, das deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen. Berlin 1869. und das Sammelwerk: Deutsches Hypothekenrecht vou V. v. Meibom, welches folgende Arbeiten enthält: I. Hannoverisches Hypothekenrecht nach dem Gesetze vom 14. Dec. 1864. von L. v. Bar. Leipzig 1871. — II. Das Mecklenburgische Hypothekenrecht von V. v. Meibom 1871. — III. Bayrisches Hypothekenrecht von F. Regelsberger. 2 Abth. 1874. 77. — IV. Das K. Sächsische Hypothekenrecht von G. Siegmann 1875. — V. Das österreichische Hypothekenrecht von R. Exner. 2 Abth. 1876. 81. — VI. Das Württembergische Unterpfandsrecht von A. Römer 1876. — VII. Das Rheinisch-französische Privilegien- und Hypothekenrecht, herausgegeben von E. S. Puchelt. 2 Abth. 1876. — Das Preußische Hypothekenrecht von H. Dernburg und F. Hinrichs. 1. Abth. 1877.

5) S. oben §. 88. 89.

das Hypothekenwesen durch die größere Selbständigkeit des eingetragenen Pfandrechts im Sinne der älteren Rechtsanschauung, für den Realcredit wirksamer zu machen.

I. Die Hypothekenbücher. Das Wesen der Auflassung in ihrer modernen Gestaltung besteht darin, daß durch die Eintragung in besonders dazu bestimmte, von dem Gericht oder einer anderen öffentlichen Behörde der belegenen Sache geführte Bücher das dingliche Recht an einer unbeweglichen Sache begründet wird. Die Hypothekenbücher sind daher die nothwendige Voraussetzung, wenn die Auflassung auch für das Pfandrecht durchgeführt werden soll; sie müssen, wie verschieden auch sonst ihre Einrichtung sein mag, eine Uebersicht von dem Schuldenverhältnisse des Grundstücks geben, und die Autorität des öffentlichen Glaubens für sich haben. Im Einzelnen kommen in Betreff der Anlegung und Buchführung freilich manche Verschiedenheiten vor. Abgesehen davon, ob das Hypothekenbuch zugleich als Grundbuch für die Auflassung zu Eigenthum dient oder nur die Berichtigung des Besitztitels behufs der buchmäßigen Verfügung über die Sache erforderlich ist, liegt ein wichtiger Unterschied für den ganzen Zweck der Einrichtung darin, ob nur Grundstücke oder auch selbständige nutzbare Berechtigungen als verschuldbare Objecte ihre eigenen Folien haben[6]); ob ferner alle dinglichen Rechte an der Sache, um wirksam zu sein, der Eintragung bedürfen[7]), oder nur die Pfandrechte[8]), oder neben diesen noch einige andere Belastungen[9]). Es ist ferner darauf zu achten, ob die Buchführung auf das Grundstück selbst als Gegenstand der Belastung unmittelbar gerichtet ist (Realfolien), oder auf den Namen des Eigenthümers geht, so daß die Grundstücke unter demselben eingetragen sind (Personal- oder Nominalfolien). Die letzere Einrichtung, dem Zwecke der Auflassung wenig entsprechend, ist auch in neuerer Zeit nur ausnahmsweise der Buchführung zum Grunde gelegt worden[10]). — Von

---

[6]) Preuß. Grundbuchordnung v. 1872. §. 3. „Die für Grundstücke gegebenen Vorschriften dieses Gesetzes gelten auch für Bergwerke und Gerechtigkeiten, sofern nicht ein Anderes ausdrücklich bestimmt ist." — Baier. Hypothekengesetz §. 120. — Großherz. Sächs. Pfandgesetz §. 2. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 14. und Gesetzbuch §. 280.

[7]) Oesterr. Gesetzb. §. 445. — Mecklenburg. rev. Stadtbuchordnung §. 2. — Rev. Ritterschaftliche Hypothekenordnung v. 1848. §. 8.

[8]) Baier. Hypothekenges. §. 130—35. — Württemb. Pfandgesetz Art. 158—62. — Großherz. Sächs. Pfandgesetz §. 200—6.

[9]) Preuß. Hypothekenordnung v. 1783. Tit. I. §. 47—54. — Grundbuchordnung v. 1872. §. 11. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 15. Nr. 5. §. 169. Vgl. Förster, Grundbuchrecht S. 107 ff.

[10]) Das Württemb. Pfandges. Art. 159. bestimmt freilich allgemein: „Die Einträge in das Unterpfands-Buch bei den Gemeinderäthen (im Gegensatz zu den bei den Kreisgerichtshöfen s. Art. 158.) geschehen unter dem Namen der Person

Wichtigkeit ist endlich noch die Anlegung besonderer Nebenbücher, namentlich des s. g. Ingrossationsbuchs, um Abschriften der betreffenden Contracte u. s. w. in dasselbe aufzunehmen[11]). Doch dient dies vorzugsweise nur zur Controle der Führung des Hauptbuchs, ohne die Wirksamkeit der Einträge in das letztere zu bedingen; auch begnügen neuere Gesetze sich zu diesem Behuf mit der Anlegung von General- und Specialacten[12]).

II. Die Specialität. Dieses Princip kommt in zweifacher Beziehung zur Anwendung.

a) Die Generalhypotheken sind aufgehoben, und die Einträge geschehen nur auf einzelne bestimmte Sachen, jedoch so, daß mehrere als ein Gütercomplex Gegenstand derselben Buchführung sein können[13]).

b) Nur solche Posten, die auf eine bestimmte Geldsumme gehen, können eingetragen werden; dieselben müssen also, wenn sie ursprünglich einen anderen Gegenstand haben, oder zur Zeit der Eintragung ihrem Betrage nach noch nicht festgestellt sind, behufs der Eintragung auf eine bestimmte Geldsumme reducirt werden[14]).

---

des Verpfänders, oder desjenigen, gegen welchen ein Pfandrechts-Anspruch geltend gemacht oder eine Verwahrung eingelegt wird." Vgl. das Nassauische Gesetz, die öffentlichen Bücher betreffend, v. 15. Mai 1851. Art. 1. Das Großh. Sächs. Pfandges. §. 201. stellt dagegen die Anlegung von Personal-Hypothekenbüchern zwar frei, bestimmt aber §. 202. „An allen den Orten, wo und sobald die Verhältnisse es gestatten, sind Real-Hypothekenbücher — — einzuführen." Aehnlich läßt die Preuß. Grundbuchordnung §. 6. 14—16. nach dem Ermessen des Grundbuchamtes Personalfolien nach dem Formulare II. zu. Außerdem finden sich noch aus früherer Zeit hie und da Personalfolien, z. B. in Frankfurt (s. Reformation Th. II. Tit. 18. §. 3.) und in einigen Gegenden Schleswig-Holsteins, s. Paulsen, Lehrbuch §. 80, vgl. jedoch oben §. 88. Note 44. — Uebrigens ist die Einrichtung besonderer Folien, mögen sie nun auf die Sache oder die Person lauten, allgemein und nur ausnahmsweise in Mecklenburg den Rittergütern für jedes Gut ein eigenes Hypotheken- buch gegeben, indem die Buchführung einer Centralbehörde überwiesen ist.

11) Preuß. Hypothekenordnung v. 1783. Tit. I. 64—67. Das Gesetz bezeichnet an andern Stellen übrigens mit Ingrossation auch die Eintragung des Pfandrechts; s. Tit. II. §. 28. in marg. 142. 147. 167. Dagegen werden nach der Grundbuchordnung §. 119. nur über die definitiven Eintragungen in die dritte Rubrik (Hypotheken und Grundschulden) besondere Urkunden gebildet.

12) Großh. Sächs. Pfandges. §. 204. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 202—4.

13) Ueber solche Gütercomplexe kommen besondere gesetzliche Bestimmungen vor; s. Pr. Grundbuchordnung §. 13. — Baier. Hypothekenges. §. 120 u. s. w. Vgl. H. Dürrschmidt, zur Lehre von den Verband-Hypotheken des deutschen Rechts. Mit besonderer Berücksichtigung der baierischen Gesetzgebung. Augsb. 1856.

14) Preuß. Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 23. „Die Eintragungsbewilligung muß auf den Namen eines bestimmten Gläubigers lauten, das verpfändete Grundstück bezeichnen, und eine bestimmte Summe in gesetzlicher

III. Publicität. Die Oeffentlichkeit des Besitztitels und der Hypothekenbestellung ist gerade der Zweck der Auflassung, und in sofern wird darauf mit Recht das größte Gewicht gelegt. Es kommt aber doch sehr darauf an, wie dieser Zweck erreicht wird, da nicht jede Art der Oeffentlichkeit dazu dienlich ist, und selbst, wie das Hamburger Recht zeigt, auch da, wo das deutsche System gilt, nicht jede andere Hypothek nothwendig ausgeschlossen zu werden braucht, wenn der eingetragenen nur der Vorzug unbedingt gesichert ist, und der dritte Erwerber des Grundstücks durch die Privathypothek nicht in seinem Rechte gefährdet wird (s. unten Note 25.). Die Publicität, auf welche es hier ankommt, wird vielmehr durch die ganze Institution der Auflassung mit ihren weiteren Voraussetzungen und Hülfsmitteln begründet. Die neueren Gesetze pflegen aber den Begriff insbesondere an zwei allerdings wichtige Bestimmungen zu knüpfen, nämlich

a) daß das Recht, die Einsicht der Hypothekenbücher oder beglaubigte Auszüge aus denselben zu fordern, einem Jeden, der ein rechtliches Interesse daran nachweisen kann, zusteht, und

b) daß die Hypothekenbücher unbedingt öffentlichen Glauben haben und das Rechtsverhältniß der Hypothek nach dem, was in ihnen verzeichnet ist, bestimmen[15]). Dies letztere Princip, welches aber nicht immer mit aller Consequenz durchgeführt worden ist, bringt es nothwendig mit sich, daß ohne Rücksicht auf besondere Verhältnisse und selbst auf den Dolus eines Betheiligten, für den Dritten nur das, was das öffentliche Buch aufweist, maaßgebend ist; es hat namentlich auch dazu geführt, gegen die eingetragenen Posten die Einrede der Verjährung und das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auszuschließen[16]). Zur Geltendmachung der Einrede der nicht gezahlten Valuta

---

Währung, den Zinssatz oder die Bemerkung der Zinslosigkeit, den Anfangstag der Verzinsung und die Bedingungen der Rückzahlung angeben." §. 24. „Wenn die Größe eines Anspruchs zur Zeit der Eintragung noch unbestimmt ist (Kautions-Hypotheken), so muß der höchste Betrag eingetragen werden, bis zu welchem das Grundstück haften soll." Vgl. Rittersch. Hypothekenordnung für Mecklenburg §. 31. — Baier. Hypothekengesetz §. 11. 19. — Württemb. Pfandgesetz Art. 11. — Großh. Sächs. Pfandgesetz §. 9. 92. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 48. 49.

15) Preuß. Grundbuchordnung §. 19. 46. — Ritterschaftliche Hypothekenordnung für Mecklenburg §. 40. — Rev. Hypothekenordnung v. 1848. §. 25—27. — Mecklenburg rev. Stadtbuchordnung §. 36. 37. — Baier. Hypothekenges. §. 24—26. 93. — Württemb. Pfandgesetz Art. 48. 61-64. — Großh. Sächs. Pfandges. §. 207—9. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 21—23. Vgl. oben §. 89. Note 24.

16) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 534. — Baier. Hypothekengesetz §. 31. 32. — Württemb. Pfandges. Art. 73. 89. — Mecklenb. rev. Stadt-

ist dagegen dem Schuldner meistens eine Frist von dreißig Tagen nach der Eintragung gegeben, in der er seine Einwendung in der buchmäßigen Form (der Protestation) sicher zu stellen hat[17]).

IV. Voruntersuchung; Verhaftung der Behörden. Für die ordnungsmäßige Führung der Bücher und die Richtigkeit der aus denselben gegebenen Auszüge und Atteste sind die mit diesem Geschäft betrauten Behörden den Betheiligten civilrechtlich, jedoch in der Regel nur in subsidium verhaftet. — Desgleichen sind sie unter derselben Verantwortlichkeit verpflichtet, darauf zu achten, daß nur der durch das Grund- oder Hypothekenbuch Legitimirte oder wer gesetzlich seine Stelle einnimmt, eine Belastung des Grundstücks bewirkt. Die Frage aber, ob die Behörden noch weiter verhaftet sind, namentlich für die Rechtsgültigkeit der Geschäfte, zu deren Sicherung eine Eintragung geschieht, und für die Ausläuglichkeit der bestellten Hypothek, läßt sich nur nach dem in den einzelnen Gesetzgebungen befolgten Systeme beantworten, und hängt von dem Umfange und der Bedeutung ab, welche der obrigkeitlichen Voruntersuchung beigelegt worden ist. Es sind hier folgende Systeme zu unterscheiden.

a) Einige Rechte beschränken die Thätigkeit der Hypothekenbehörden auf Prüfung der Legitimation des Verpfänders und auf die Buchführung, ohne eine weitere Voruntersuchung von ihnen zu verlangen[18]). Es liegt dieser Auffassung die Ansicht zum Grunde, daß die Hypothek, ohne Rücksicht auf den sie begründenden Rechtstitel, eine selbständige Geltung hat, etwa wie die Wechselverbindlichkeit unabhängig von der causa debendi ist, — während die anderen Gesetze nur mittelbar, wegen der Unanfechtbarkeit des Hypothekenbuchs dritten Personen gegenüber, zu einem ähnlichen Resultate gelangen.

b) Die Hypothekenbehörde hat auch zu untersuchen, ob das Rechtsgeschäft, dessen Eintragung verlangt wird, seiner Natur und der äußern Form nach rechtsbeständig ist (Princip der Legalität). Diese Vorschrift,

---

buchordnung §. 36. — Rev. ritterschaftliche Hypothekenordnung §. 29. Nr. 6. — Großherz. Sächs. Pfandges. §. 159. 338. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 26. 28.

17) Preuß. Hypothekenordnung v. 1783. Tit. II. §. 175—81. — A. L. R. Th. I. Tit. 29. §. 422—26. (wo die Regel auf alle Einreden ausgedehnt ist.) — Baier. Hypothekenges. §. 47. — Württemb. Pfandges. Art. 87. 88. — Mecklenb. rev. Stadtbuchordnung §. 30. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 77.

18) So in Hamburg, s. Bornemann, preuß. Justiz-Ministerial-Blatt v. 1846. Nr. 6. S. 54—55. — Mecklenb. rev. Stadtbuchordnuug §. 52. — Rev. ritterschaftl. Hypothekenordnung v. 1848. §. 38. — Pr. Grundbuchordnung §. 46. (s. oben §. 89. Note 17.)

an sich schon bedenklich, weil die Hypothekenbehörden nicht als Richter in streitigen Rechtssachen fungiren, verliert dann an Bedeutung, wenn die civilrechtliche Verantwortlichkeit nicht auch auf Versehen in dieser Voruntersuchung ausgedehnt ist[19]), während da, wo dies geschehen[20]), den Behörden eine unbillige Last zum Nachtheile des Geschäftsverkehrs auferlegt wird[21]).

c) Außer der Prüfung des Rechtstitels liegt der Hypothekenbehörde auch die Pflicht ob, über den zur Sicherung des einzutragenden Postens genügenden Werth der Pfandsache eine Untersuchung anzustellen und für den Ausfall zu haften[22]).

V. Die Eintragung. Der Schwerpunkt des neueren Hypothekenrechts liegt in der Eintragung, indem durch diesen Act, wie bei der Auflassung zu Eigenthum, das dingliche Recht bestellt und außerdem mehreren Posten nach der Zeit (dem Datum) desselben die Priorität bestimmt wird. Eine davon getrennte Verlassung, an die sich die Eintragung als die letzte Spitze des ganzen Geschäftes ansetzt, haben die neueren Gesetzgebungen nicht beibehalten[23]).

---

19) Preuß. Hypothekenordnung v. 1783. Tit. I. §. 76—81. Tit. II. §. 11 ff. — A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 428—35. — Baier. Hypothekenges. §. 86. 98—100. 109—12. 146.

20) Großh. Sächs. Pfandges. §. 223. 231. 343—57. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 127. 130. 136. 138—40.

21) Vgl. überhaupt Koch, Lehrbuch des preuß. gemeinen Privatrechts I. §. 228. Die Prüfung der Legitimation des Schuldners auf Grund der Auflassung zu Eigenthum oder des Besitztitels wird aber der Hypothekenbehörde in keinem Fall zu erlassen sein.

22) Württemberg. Pfandgesetz Art. 164—72. 176—85. 223—38. Die preußische Hypothekenordnung v. 1783. Tit. I. §. 41—46. läßt auch in gewissen Fällen den Werth notiren, die Grundbuchordnung §. 8. die Größe und den Grundsteuerertrag oder Nutzungswerth, aber ohne Verhaftung der Behörden. Vgl. auch Großherz. Sächs. Pfandges. §. 263—70. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 15. a. E. — Die Vorschriften des württembergischen Gesetzes sind übrigens allgemein und beziehen sich nicht blos auf die unter dem Gemeinderath stehenden Communal-Pfandbücher. Davon verschieden ist die in der Pr. Grundbuchordnung §. 29. enthaltene Vorschrift, daß überhaupt der Staat subsidiarisch für die Ersatzpflicht der Grundbuchbeamten eintritt.

23) Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 3. „Ebenso werden Hypotheken und andere nach den in §§. 15. und 16. folgenden Bestimmungen zur Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch an sich geeignete dingliche Rechte an fremden Grundstücken als solche nur durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch erlangt. §. 4. So lange diese Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch nicht erfolgt ist, besteht nur erst ein Rechtstitel zur Erlangung des bürgerlichen Eigenthums, oder der Hypothek, oder der andern dinglichen Rechte. §. 7. Ebenso findet bei Bestellung von Hypotheken und Cessionen hypothekarischer Forderungen eine gerichtliche Confirmation und eine Consensertheilung des Richters

a) Die Eintragung setzt den Antrag oder doch die Zustimmung des zur pfandbuchmäßigen Verfügung legitimirten Eigenthümers der Sache voraus, sei es, daß er gegenwärtig oder gehörig vertreten ist oder in einer öffentlichen Urkunde seinen Willen darthut. Nach diesen Erfordernissen ist es auch zu ermessen, inwiefern die einer Urkunde über das Hauptgeschäft eingeschaltete clausula intabulandi genügt, um einen Rechtstitel zur Bestellung einer Hypothek zu bewirken[24]).

b) Die neueren Gesetzgebungen führen den Grundsatz consequent durch, daß nur durch die Eintragung eine Hypothek erworben wird[25]). Es kann also daneben weder eine Privathypothek noch eine in einer andern Form der Oeffentlichkeit bestellte vorkommen, und auch die gesetzlichen Pfandrechte haben als solche keine Wirksamkeit mehr, sondern geben nur einen Rechtstitel zur Eintragung her, welche durch die betheiligten Personen oder die sie vertretenden Behörden erwirkt werden

---

oder des Gerichtsinhabers als solchen nicht weiter statt, sondern an deren Stelle tritt die Eintragung in das Grund- nnd Hypothekenbuch des Richters der gelegenen Sache. §. 92. Der Vorzug unter mehreren auf das nämliche Grundstück eingetragenen Gläubigern — — wird ohne alle andere Rücksicht blos durch die Zeitfolge bestimmt, wie jede Forderung vor der andern in das Grund- und Hypothekenbuch auf dem Folium des Grundstücks eingetragen ist." Aehnliche Bestimmungen wiederholen sich in allen hier in Betracht kommenden neueren Gesetzen; s. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 411. 500. — Oesterr. Gesetzbuch §. 451. — Baier. Hypothekenges. §. 10. 59. — Württemb. Pfandgesetz Art. 2. 96. — Großh. Sächs. Pfandges. §. 57. 149. — Mecklenb. rev. Stadtbuchordnung §. 2. 36. — Rev. rittersch. Hypothekenordnung §. 10. 11. 34. Das Preuß. Gesetz über den Eigenthumserwerb v. 5. Mai 1872. bestimmt §. 18. „Das Recht der Hypothek und der Grundschuld entsteht durch die Eintragung im Grundbuch." §. 19. „Die Eintragung erfolgt: 1) wenn der eingetragene oder seine Eintragung gleichzeitig erlangende Eigenthümer sie bewilligt, — — 2) wenn der Gläubiger auf Grund eines rechtskräftigen Erkenntnisses, durch welches der eingetragene Eigenthümer zur Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld verurtheilt worden ist, die Eintragung beantragt; 3) wenn eine zuständige Behörde gegen den eingetragenen Eigenthümer die Eintragung nachsucht."

24) Preuß. Hypothekenordnung v. 1783. Tit. II. §. 148 ff. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 143—44. Einige Gesetze bestimmen jedoch, daß vor jeder Eintragung der Schuldner zur Verhandlung vorzuladen ist; s. Württemb. Pfandgesetz Art. 173. — Baier. Hypothekenges. §. 109. 110., oder verlangen stets eine schriftliche Urkunde, welche das rechtliche Verhältniß des einzutragenden Postens angiebt; s. Rev. ritterschaftliche Hypothekenordnung für Mecklenburg §. 12. Vgl. oben §. 89. Nr. IV.

25) In Hamburg dagegen bestehen neben den öffentlichen Hypotheken noch gesetzliche und Privatpfänder mit beschränkter Wirksamkeit, s. oben §. 102. Note 4.; in Bremen giebt es keine Privatpfänder an Immobilien, wohl aber gesetzliche, die jedoch den handfestarischen Gläubigern nachstehen und nur ein Vorzugsrecht bei der Execution und im Concurse begründen, s. Erbe- und Handfestenordnung §. 79. 134.

muß[26]). Wenn dabei im Allgemeinen der Grundsatz befolgt wird, daß die Hypothekenbehörde als solche nicht von Amtswegen verfährt, sondern die Anträge der Betheiligten abzuwarten hat, so ist sie doch für gewisse Fälle und namentlich wenn ein rechtskräftiges Urtheil vorliegt, angewiesen, auf erfolgte Requisition auch ohne die Zustimmung, wenn auch nicht ohne Vorwissen des Eigenthümers eine Eintragung vorzunehmen[27]).

c) In welchem Umfange die Hypothekenbehörde eine Voruntersuchung eintreten zu lassen hat, bestimmt sich nach Maaßgabe der verschiedenen, darüber geltenden Systeme. Auch ist die Organisation und die Geschäftsführung dieser Behörden verschieden geordnet; doch ist es jedenfalls da, wo die Voruntersuchung sich auch auf die Prüfung des Rechtstitels erstreckt, unerläßlich, daß der Eintragung ein besonderes darauf gerichtetes Decret vorhergeht[28]).

d) Wenn die Hypothekenbehörde offizielle Kenntniß davon erhält, daß über das Vermögen des Eigenthümers der Pfandsache der Concurs eröffnet worden, so ist dies im Hypothekenbuche zu bemerken und mit weiteren Einträgen inne zu halten[29]). Auch kommt in diesem Fall die Form der Schließung des Foliums vor[30]).

---

26) Vgl. oben Note 23. Gewöhnlich bestimmen dann auch die neueren Hypothekengesetze, in welchen Fällen ein Anspruch auf die Bestellung einer Hypothek statt der früheren stillschweigenden bestehen soll. — Vgl. Baier. Hypothekengesetz §. 12. — Württemb. Pfandgesetz Art. 27—46. — Großh. Sächs. Pfandgesetz §. 27—55. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 38—43.

27) Preuß. Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 19., s. oben Note 23. — Baier. Hypothekengesetz §. 96. 97. — Württemb. Pfandgesetz Art. 98. — Mecklenburg. Stadtbuchordnung §. 55. 56. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 18—20.

28) Preuß. Hypothekenordnung v. 1783. Tit. II. §. 19. — Baier. Hypothekengesetz §. 112 a. E. — Württemb. Pfandges. Art. 186. — Großherz. Sächs. Pfandgesetz §. 253. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 136. Ueber das in Hamburg übliche Verfahren s. Bornemann, preuß. Justiz-Ministerial-Blatt v. 1846. Nr. 5. S. 39—42. — Baumeister, Hamb. Privatrecht I. §. 31.

29) Baier. Hypothekengesetz §. 118. — Großherz. Sächs. Pfandges. §. 303. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 150. Die Bestimmungen des Württemb. Pfandgesetzes Art. 19. stehen mit der Verhaftung der Hypothekenbehörde für die Auskömmlichkeit der Hypothek in Verbindung. Ueber das Preußische Recht s. die Grundbuchordnung §. 41. und Bahlmann, Kommentar S. 220.

30) Mecklenb. rev. ritterschaftliche Hypothekenordnung §. 31. „1. Das zuständige Gericht hat die Hypothekenbehörde von der rechtskräftigen Eröffnung eines General- oder Special-Konkurses von Amts wegen in Kenntniß zu setzen. Auf eine solche Anzeige ist das Hypothekenbuch zu schließen und demnächst über das betreffende Gut ein neues Hypothekenbuch niederzulegen, indem die durch jene Schließung erloschenen intabulirten Schuldforderungen mittelst einer Agnition des

VI. Protestation und Vormerkung. Damit einerseits der Anforderung Genüge geschieht, daß das dingliche Rechtsverhältniß der Pfandsache aus dem Hypothekenbuch ersichtlich ist, andererseits aber auch den Betheiligten Gelegenheit gegeben wird, ihre durch die absolute Beweiskraft des Hypothekenbuchs gefährdeten Rechtsansprüche und Einwendungen bis zur definitiven Ausführung derselben zu wahren, ist die Einrichtung getroffen worden, daß durch Protestationen und Vormerkungen im Hypothekenbuch ein solcher Anspruch oder Einwand vorläufig gesichert werden kann. Das Nähere hängt von der Bestimmung der Particulargesetzgebung ab, und es ist nur im Allgemeinen anzuführen, daß, um die Rechtssicherheit nicht zu gefährden, regelmäßig eine gewisse Bescheinigung des zu sichernden Rechtes verlangt wird und eine bestimmte Frist gesetzt ist, binnen welcher es ausgeführt sein muß, um definitiv anerkannt zu werden[31]).

VII. Rechtliche Natur der eingetragenen Hypothek. Die meisten neueren Gesetze lassen darüber keinen Zweifel, daß sie die Hypo-

Käufers ihr früheres Recht nicht wieder erlangen können. — — 3. Die in der Gutsbeschreibung enthaltenen Belastungen sind in das neue Buch zu übertragen, insoweit keine konkursrichterliche Requisition auf eine Tilgung derselben erfolgt oder die anderweitigen gesetzlichen Erfordernisse zu letzterer (nicht) vorliegen." Vgl. rev. Stadtbuchordnung §. 32. In einem andern Sinn ward in Schleswig-Holstein die Schließung des Foliums (Protokolls) durch richterliches Inhibitorium als ein Mittel gebraucht, die Eintragung einer Hypothek zu erzwingen, s. Paulsen, Lehrbuch §. 78.

[31]) Die Preußische Hypothekenordnung Tit. II. §. 107. 289–300. kennt nur die Protestation zur Sicherung eines Realrechts, welches aber, wenn der Anspruch durchgeführt ist, ipso jure an die Stelle der eingetragenen Protestation tritt; das A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 417—26. unterscheidet eine solche Protestation, der aber die Eintragung des Rechts folgen muß, und Vormerke von Seiten des Schuldners. Das jetzt geltende Preußische Recht kennt nur die Letzteren, s. oben §. 89. Note 18. — Das Oesterr. Gesetzbuch §. 453. läßt durch die Vormerkung der Forderung ein bedingtes Pfandrecht entstehen, erwähnt aber andere Fälle der Vormerkung oder Protestation nicht. Die neueren Gesetze schließen sich bald der einen, bald der andern Auffassung mehr an, combiniren sie aber auch in verschiedener Weise, s. Baier. Hypothekengesetz §. 27—30. 106 ff. — Württemb. Pfandgesetz Art. 79—81. 195–197. — Großherz. Sächs. Pfandgesetz §. 68—71. 278—300. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 24. 25. 51. 137. In Hamburg kennt man die Einrichtung gar nicht, sondern wendet an deren Stelle Clauseln und richterliche Inhibitorien an, s. Bornemann a. a. O. S. 43. — Baumeister a. a. O. §. 30. Aehnlich in Mecklenburg: Stadtbuchordnung §. 46. — Rev. ritterschaftliche Hypothekenordnung §. 25. Nr. 4. 35.; s. jedoch über Vormerkungen des Cedenten die rev. Stadtbuchordnung §. 23. — Rev. rittersch. Hypothekenordnung §. 20. Vgl. im Allgemeinen Heyne, Erörterungen aus dem Grundeigenthums- und Hypothekenrechte (Leipzig 1847.) S. 48—94.

thek als ein accessorisches Recht ansehen[32]), indem sie der römischen Auffassung folgen, im Gegensatz zu der älteren deutschen Rechts, welches durch das Rentengeschäft wie durch die Satzung ein selbständiges dingliches Recht an der fremden Sache begründen ließ (s. oben §. 101. Nr. III.). Während aber einige Statute dieses deutschrechtliche Princip im Wesentlichen noch bewahrt haben[33]), ist die entgegengesetzte Auffassung auch in jenen neueren Gesetzen nicht immer consequent zur Anwendung gebracht worden. Dies tritt namentlich in den Bestimmmungen hervor, welche die Hypothek ohne Rücksicht auf die Existenz und die Fortdauer des Hauptrechts bis zur Löschung bestehen lassen[34]) oder es gestatten, daß der Eigenthümer der Pfandsache einen eingetragenen Posten selbst erwirbt und mit der alten Priorität weiter überträgt[35]). Diese letztere Bestimmung setzt die Regel des römischen Rechts, daß der spätere Gläubiger in die Stelle der ausgefallenen älteren Hypothek aufrückt, als geltend voraus, (sie findet sich auch in den meisten neueren Pfandgesetzen ausdrücklich anerkannt) und sucht dieselbe im Interesse des Realcredits durch eine singuläre Anordnung zu umgehen. Weit wirksamer und konsequenter ist dagegen die in mehreren Rechten durchgeführte Einrichtung, welche auch nach der Löschung des erledigten Postens die Stelle desselben bis zum früheren Betrage zur weiteren Verfügung des Eigenthümers offen läßt, jene Regel des römischen Rechts also gar nicht anerkennt, und die einzelne Hypothek als eine für sich bestehende dingliche Belastung des Grundstückes auffaßt[36]). Es ist dies eine Folgerung aus der Selbständig-

---

32) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 1. 12. 415. — Baier. Hypothekengesetz §. 1. 2. 49. — Württemb. Pfandgesetz Art. 1. 90. 92. — Großh. Sächs. Pfandgesetz §. 73. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 82.

33) So in München in Betreff der Ewiggelder, s. Auer, Stadtrecht von München S. CLI. — Roth, Bayr. Civilrecht §. 176., und in Hamburg nach der Darstellung von Bornemann, preuß. Justiz-Ministerial-Blatt von 1846. Nr. 5. S. 41. 42. 55. 56. Dem steht freilich ein von Gries, Commentar I. S. 272. Note * angeführtes Präjudicat von 1836 in einzelnen Ausführungen entgegen, die jedoch im Wesentlichen auf einer Voraussetzung der Geltung römischrechtlicher Principien beruhen. Vgl. im Allgemeinen Baumeister a. a. O. §. 25.

34) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 522. — Oesterr. Gesetzb. §. 469. — Großh. Sächs. Pfandgesetz §. 64. 197. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 124. S. unten Nr. XI.

35) Anhang zum Pr. A. L. R. §. 52. vgl. Declaration v. 3. April 1824. — Baier. Hypothekengesetz §. 84. — Großh. Sächs. Pfandgesetz §. 78. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 117—19. Ueber das jetzt in Preußen geltende Recht, nach welchem der Eigenthümer nur vor der Löschung über die frühere Priorität verfügen kann, s. unten Note 50.

36) Diese Einrichtung kommt in Mecklenburg (und früher in Schleswig-Holstein in der Form der Tilgung ante lineam) vor, s. v. Meibom, Mecklenburg. Hypo-

keit des Pfandrechts, welche man in dem neuesten mecklenburgischen Hypothekengesetze durch die Personification des belasteten Grundstücks principiell zu begründen gesucht hat[37]), die aber, an sich berechtigt, einer solchen Fiction als Surrogat der Zins- und Pfandgewere des älteren Rechts nicht bedarf.

Wenn sich nun bisher die Ansichten über die rechtliche Natur der deutschrechtlichen Hypothek entgegenstanden, je nachdem man in derselben ein selbständiges oder blos accessorisches Realrecht erkannte, so hat man in neuester Zeit eine Vermittelung eintreten lassen, indem beide Formen der dinglichen Belastung des Grundbesitzes neben einander zur Anwendung gebracht sind[38]). In diesem Sinne unterscheidet die neueste Preußische Gesetzgebung zwischen Hypothek und Grundschuld, je nachdem die Bewilligung der Eintragung mit oder ohne Angabe eines Schuldgrundes geschieht[39]). Nur Grundschulden kann der Eigenthümer des

---

thekenrecht S. 288. — Paulsen, Lehrbuch §. 79. Vgl. Bremer Erbe- und Handfesten-Ordnung §. 97. „Die Priorität der Handfesten richtet sich nicht nach der Zeit, wann sie gewilligt oder begeben sind, sondern allein nach der aus den Handfesten selbst sich ergebenden, in Summen ausgedrückten Reihenfolge." Vgl. Revision v. 1860. §. 97. 98. 148. — Gries, Commentar I. S. 272 ff.

37) Mecklenburg. rev. ritterschaftliche Hypothekenordnung §. 16. „Das Hypothekenbuch gehört nicht der Person des zeitigen Eigenthümers, vielmehr dem Gute an, ohne alle Rücksicht auf die solcherhalb vorgehenden Veränderungen, und wird nur das Gut durch den Inhalt desselben ergriffen. Demnach werden 1) durch die Eintragung keine bloße Sicherheitsrechte für eine persönliche Verhaftung des die Eintragung Beantragenden, vielmehr selbständige dingliche Belastungen des Guts existent; und ist 2) der Antrag auf Eintragung durch eine solche persönliche Verhaftung nicht nothwendig bedingt, vielmehr solcherhalb Alles der Vereinbarung der Betheiligten überlassen. 3) Ein späterer Eigenthümer des Guts ist als solcher für seine Person nicht verhaftet (vgl. §. 29. Nr. 2. und §. 30. Nr. 4..) 4) Der zeitige Eigenthümer kann für sich selbst und auf seinen eigenen Namen eintragen lassen, auch dürfen bereits eingetragene Forderungen auf ihn cedirt und umgeschrieben werden. — Der Lauf der auf solche Pöste eingetragenen Zinsen beginnt jedoch erst von dem Zeitpunkte, wenn entweder das Gut auf einen neuen Eigenthümer übergegangen, oder einer solcher Posten an einen Dritten übertragen ist. §. 30. Das Verfahren wird bei Klagen aus Hypothekenscheinen nicht gehemmt, — — 4) nicht dadurch, daß im Laufe des Processes das belastete Gut von dem Beklagten auf einen anderen Eigenthümer übergegangen ist; es kann vielmehr wider den letzteren eine bereits angestellte Klage wegen der Hauptforderung und gesammter Nebenforderungen ohne Unterbrechung fortgesetzt werden." Vgl. rev. Stadtbuchordnung §. 19.

38) Diese Lösung ist zuerst in Vorschlag gebracht und begründet worden in der Schrift von F. P. Bremer, Hypothek und Grundschuld. Göttingen 1869. Ueber die Begriffsbestimmung s. Förster, Preuß. Grundbuchrecht S. 134 ff.

39) Gesetz über den Eigenthumserwerb v. 5. Mai 1872. §. 18 ff. Vgl. Bahlmann, Kommentar S. 50 ff. — Förster a. a. O. S. 125 ff.

Grundstückes auf seinen Namen eintragen lassen, um darüber zu verfügen (a. a. O. §. 27.), Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse sind bei ihnen nur in beschränktester Weise gestattet[40]).

VIII. Zweck der Hypothek. Wenn auch das Pfandrecht zur Sicherung des ganzen Rechtsverhältnisses, auf welches es sich bezieht, bestellt worden ist, so pflegen die Gesetze doch für die Verhaftung der Sache wegen Zinsen und Kosten ein bestimmtes Maaß aufzustellen, indem dieselbe namentlich nur auf bestimmte Zinsrückstände (meistens zweijährige) beschränkt ist[41]). In welcher Weise aber der Zweck der Hypothek im Fall der Ueberschuldung (durch Bildung einer Specialmasse, Veräußerung, Vorzug des Gläubigers vor allen nicht absolut privilegirten Forderungen u. s. w.) verwirklicht wird, — das zu entwickeln, gehört mehr dem Proceßrecht als dem Civilrecht an, und ist hier nicht näher zu erörtern.

IX. Hypothekenscheine. Auszüge aus öffentlichen Büchern, wenn auch nicht in der bestimmten Form der Handfesten ausgestellt, gaben nach älterem Recht wichtige processualische Vortheile[42]); auch haben neuere Gesetze diese Einrichtung nachgeahmt, und den Hypothekenscheinen vermittelst eines sehr begünstigten Proceßverfahrens eine für den Realcredit und den Geschäftsverkehr gleich große Bedeutung verschafft. Im Allgemeinen versteht man darunter eine öffentliche, von der Hypothekenbehörde ausgestellte Urkunde, welche das Rechtsverhältniß des eingetragenen Postens, auf welchen sie lautet, mit Rücksicht auf die hypothekarische

---

40) a. a. O. §. 37. „Durch die Eintragung der Hypothek und der Grundschuld wird für den Gläubiger die dingliche Klage gegen den Eigenthümer begründet. Der Letztere haftet nur mit dem Grundstücke nach Maaßgabe der §§. 30. 32." §. 38. „Gegen die Klage aus einer Grundschuld sind Einreden nur soweit zuläßig, als sie dem Beklagten gegen den jedesmaligen Kläger unmittelbar zustehen oder aus dem Grundschuldbrief sich ergeben, oder die Thatsachen, auf welche sich dieselben gründen, dem Kläger beim Erwerb der Grundschuld bekannt gewesen sind. — Gegen die Klage aus einer Hypothek können Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältniß einem Dritten, welcher ein Recht auf die Hypothek gegen Entgelt erworben hat, nur entgegengesetzt werden, wenn sie ihm vorher bekannt geworden sind oder sich aus dem Grundbuch ergeben. — Einreden gegen das Verfügungsrecht des Klägers aus der Person seines eingetragenen Rechtsurhebers sind sowohl gegen die Klage aus einer Grundschuld als gegen die aus einer Hypothek unzuläßig."

41) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 482—89. (Ueber das jetzt geltende Preuß. Recht s. Bahlmann a. a. O. S. 75.) — Baier. Hypothekenges. §. 42. 52. — Württemb. Pfandgesetz Art. 54. — Großh. Sächs. Pfandgesetz §. 93. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 67—70. — Mecklenburg. rev. Stadtbuchordnung §. 44.

42) S. oben §. 101. Note 30 und Civil-Pr. O. §. 706.

Sicherheit desselben nach Ausweis des Hypothekenbuchs darlegt. Zweck und Einrichtung, sowie die Bezeichnung dieser Urkunden sind aber nach den einzelnen Gesetzgebungen verschieden. Während einige sie nur benutzen, um amtliche Auskunft über die dinglichen Rechtsverhältnisse des betreffenden Grundstücks zu geben[43]), haben andere sie dazu verwendet, um selbständige Werthpapiere für die eingetragenen Gutsgläubiger zu creiren[44]).

X. Die Cession. Hier kommt namentlich die Frage in Betracht, ob zur Uebertragung eines eingetragenen Postens die Umschreibung desselben in dem Hypothekenbuche auf den Namen des Erwerbers erforderlich ist, oder auch ohne eine solche Auflassung die Cession vor sich gehen

---

43) Pr. Hypothekenordnung v. 1783. Tit. II. §. 301. „Hypothekenscheine sind beglaubte Abschriften von den ein gewisses Grundstück betreffenden Foliis eines Hypotheken-Buchs. §. 302. Sie werden entweder blos zum Behuf einer daraus zu nehmenden Information gesucht, oder statt der Recognition über eine erfolgte Eintragung ausgefertiget." Es kommen also alle Einträge, Umschreibungen, Löschungen in den Schein, während in Hamburg der Auszug aus dem Hauptbuch nur eine Uebersicht des gegenwärtigen Zustandes eines Foliums giebt; s. Bornemann a. a. O. S. 46. Vgl. Pr. Gesetz v. 24. Mai 1853. §. 19 ff. und über das jetzige Recht Bahlmann, Kommentar S. 257—58. — Förster, Grundbuchrecht S. 176 ff. Vgl. noch Baier. Hypothekenges. §. 115. 116. 170—76. — Württemberg. Pfandges. Art. 174. 191. — Großh. Sächs. Pfandgesetz §. 260. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 191. 195—96.

44) Mecklenburg. rev. rittersch. Hypothekenordnung §. 13. „Ueber jede Eintragung ist ein Hypothekenschein auszufertigen, welchem die betreffende Urkunde anzuheften ist. Derselbe muß enthalten: die Benennung des Guts, die Angabe der Art der intabulirten Belastung und den Betrag derselben, den Namen des Berechtigten, den Zinsfuß bei zinsentragenden Forderungen, den Tag der Eintragung und die vorgehende und gleichstehende Summe." — Rev. Stadtbuchordnung §. 16. „Ueber jede Eintragung ist ein Hypothekenschein, welchem die betreffende Urkunde anzuheften ist, unter dem Stadtsiegel und der Unterschrift zweier Rathsmitglieder oder eines Rathsmitgliedes und des Secretairs — — auszufertigen." — Preuß. Grundbuchordnung §. 122. „Ueber die Eintragungen der Hypotheken werden Hypothekenbriefe, über die Eintragungen der Grundschulden Grundschuldbriefe ausgefertigt und dem Eigenthümer des Grundstücks oder der Behörde, welche die Eintragung nachgesucht hat, eingehändigt. Im letzteren Fall erhält der Eigenthümer eine Benachrichtigung. Mit dem Hypothekenbrief wird die Schuldurkunde durch Schnur und Siegel verbunden. Ein Verzicht auf die Ausfertigung des Hypothekenbriefs ist zulässig; auf die Ausfertigung des Grundschuldbriefs darf nicht verzichtet werden." §. 124. „Der Hypotheken- und der Grundschuldbrief besteht aus der Ueberschrift, dem vollständigen Eintragungsvermerke derjenigen Post, für welche er ausgefertigt wird, den für die Prüfung der Sicherheit der Post erheblichen Nachrichten aus dem Grundbuchblatt oder Artikel (vgl. §. 127.) und der Unterschrift des Grundbuchamts mit Datum und Siegel." §. 128. „Auf Antrag des Eigenthümers ist dem Grundschuldbrief ein Zinsquittungsbogen beizulegen" — —.

kann. Die neueren Gesetze haben diesen Punkt in der Weise erledigt, daß sie die Eintragung zur Rechtsbeständigkeit der Cession, der die Verpfändung der Hypothek als einer eventuellen Abtretung in der Regel gleichgesetzt ist, an und für sich nicht für nothwendig erklären, dieselbe aber, bis jener Act geschehen ist, als ein rein persönliches Verhältniß zwischen dem Cessionar und dem Cedenten behandeln, und sie erst nach der Umschreibung gegen Schuldner wie gegen dritte Personen wirksam werden lassen[45]). Was aber die Form des Verfahrens bei der Eintragung betrifft, so macht sich hier wieder der Gegensatz in der principiellen Auffassung geltend, ob nämlich die Hypothek als ein selbständiges oder nur als ein accessorisches Recht zu betrachten ist. Wo die letztere Ansicht gilt, da muß consequenter Weise der Eintragung der Cession auch eine obrigkeitliche Voruntersuchung über die Rechtsbeständigkeit des Geschäftes vorhergehen[46]), während die Uebertragung eines selbständigen Anspruchs schon durch die Erklärung des Gläubigers veranlaßt werden kann[47]).

XI. Die Löschung. Die Löschung oder Tilgung im Hypothekenbuch entspricht der Eintragung: sie hebt das durch die letztere erworbene Recht auf[48]). Einige Gesetze bringen diesen Grundsatz jedoch nur in=

---

45) Preuß. Hypothekenordnung v. 1783. Tit. II. §. 199—240. — Baier. Hypothekenges. §. 53. 153—55. — Württemb. Pfandges. Art. 84—85. — Großh. Sächs. Pfandges. §. 80. 271—77. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 84—85. Vgl. Seuffert II. Nr. 146.

46) Pr. Hypothekenordnung v. 1783. Tit. II. §. 215 ff.

47) So in Hamburg, s. Bornemann, Pr. Justiz=Ministerial=Blatt v. 1846. S. 42. 55. — Baumeister a. a. O. §. 31. In Mecklenburg ist die Cession in unmittelbare Beziehung zu dem Recht der Hypothekenscheine gesetzt worden; s. Stadtbuchordnung §. 22. — Rev. rittersch. Hypothekenordnung §. 17—20. — Die Preuß. Gesetzgebung verfügt nach der von ihr durchgeführten Unterscheidung der Hypothek und Grundschuld: Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 52. „Die Hypothek kann nur gemeinsam mit dem persönlichen Recht abgetreten werden. Wird eine zur Sicherung eines persönlichen Rechts dienende Grundschuld ohne den persönlichen Anspruch abgetreten, so erlischt letzterer." §. 54. „Der Erwerb der Hypothek oder Grundschuld durch Abtretung und die Wirksamkeit der Verpfändung derselben hängt nicht von der Eintragung ab." §. 55. „Grundschulden können ohne Nennung des Erwerbers abgetreten werden (Blankoabtretung). Jeder Inhaber erlangt dadurch das Recht, die Blankoabtretung durch einen Namen auszufüllen, die Grundschuld auch ohne diese Ausfüllung abzutreten und die dingliche Klage anzustellen." (Ueber diese nicht unbedenklichen Bestimmungen der §§. 54. und 55. und deren Motivirung vgl. Bahlmann, Kommentar S. 114 ff.) — Grundbuchordnung §. 79. „Zur Eintragung der Abtretung einer Hypothek ist die Vorlegung der Hypothekenurkunde, zur Eintragung einer Grundschuld die Vorlegung des Grundschuldbriefs erforderlich."

48) Im entgegengesetzten Sinne spricht sich ein Erkenntniß des O. A. Gerichts zu Celle aus bei Seuffert V. Nr. 260. S. aber dagegen die Bemerkung des Herausgebers Note 1.

soweit zur Anwendung, als die Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs es nothwendig erheischt, indem sie durch Zahlung u. s. w. die Hypothek aufhören und nur in Beziehung auf Dritte diese Thatsache erst nach erfolgter Löschung in Kraft treten lassen[49]). Nach anderen Rechten dagegen behält die Eintragung bis zur Löschung ihre volle Wirksamkeit; Veränderungen, welche außerhalb des Hypothekenbuchs in dem Rechtsverhältnisse vorgegangen sind, berühren sie nicht unmittelbar, sondern begründen nur einen Anspruch auf die Löschung[50]). Diese erfolgt auf

---

49) Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 100. „Die Hypothek erlöscht: 1) durch Ablauf der Zeit, auf welche sie bestellt war; 2) durch Untergang der Sache (über Brandentschädigungsgelder s. §. 102.) — Württemb. Pfandges. Art. 125. — Großh. Sächs. Pfandges. §. 170—73. 319—23.); 3) durch die gerichtliche Zwangsversteigerung; 4) durch Eintritt einer Resolutivbedingung; 5) durch Entsagung des Gläubigers; 6) durch Tilgung der Schuld; 7) durch Ungültigkeitserklärung der Forderung. §. 124. In den in §. 100. unter 1, 2, 3 bemerkten Fällen erlöscht die Hypothek von selbst alsobald, wie die Ursache des Erlöschens eingetreten ist. In den unter 4, 5, 6, 7 angegebenen Fällen wird die Ursache des Erlöschens vermöge der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs (§. 22., 23.) in Bezug auf Dritte erst mit der wirklichen Löschung der Forderung im Grund- und Hypothekenbuch wirksam. Diese zuletzt erwähnten Ursachen des Erlöschens sind also nur (?) als Rechtsmittel zur Löschung zu betrachten, auf deren Grund letztere auf Antrag eines Betheiligten erfolgen muß. §. 125. Auch ohne Nachweisung einer dieser Ursachen des Erlöschens der Hypotheken kann die Löschung einer — eingetragenen Forderung oder eine Minderung der eingetragenen Summe verlangt werden auf Grund eines rechtskräftigen Erkenntnisses." Vgl. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 520—31. — Baier. Hypothekengesetz §. 71—84. — Württemb. Pfandges. Art. 123—35. — Großh. Sächs. Pfandgesetz §. 157—89. 195—99. — Ueber die Wirkungen der Abschlagszahlung s. Preuß. Hypothekenordnung Tit. II. §. 243. — Baier. Hypothekengesetz §. 80. — Mecklenburg. rev. rittersch. Hypothekenordnung §. 21. Nr. 2.

50) Oesterr. Gesetzb. §. 469. — — „Zur Aufhebung einer Hypothek ist die Tilgung der Schuld allein nicht hinreichend. Ein Hypothekar-Gut bleibt so lange verhaftet, bis die Schuld-Urkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist. — Rev. ritterschaftliche Hypothekenordnung für Mecklenburg §. 21. „Mit Ausnahme der Fälle des Concurses (vgl. §. 31., s. oben Note 30.) erlöscht die Wirkung der Eintragung nur durch Tilgung. Alle Aufhebungs- und Erlöschungsgründe bewirken nur einen Anspruch auf Tilgung." Vgl. Rev. Stadtbuchordnung §. 24. (Die Klage auf Löschung ist daher eine persönliche, s. Seuffert XII. Nr. 247. Note 3.) — Preuß. Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 57. „Das Hypotheken- und Grundschuldrecht wird nur durch Löschung im Grundbuch aufgehoben." §. 62. „An die Stelle einer gelöschten Hypothek oder Grundschuld darf eine andere nicht eingetragen werden, vielmehr rücken die nachstehenden Posten vor." §. 63. „Wenn eine Hypothek oder Grundschuld von dem Eigenthümer bezahlt oder auf andere Weise getilgt worden ist, so ist der bisherige Gläubiger nach der Wahl des Eigenthümers verpflichtet, entweder Quittung oder Löschungsbewilligung zu ertheilen, oder die Post ohne Gewährleistung abzutreten." §. 64. „Der einge-

den Antrag des Schuldners unter Zustimmung des Gläubigers, welche durch die Einlieferung des Schulddocuments und beziehungsweise des Hypothekenscheins sowie der Quittung dargethan wird[51]). Ist ein für die Löschung wesentliches Document verloren gegangen und kann nicht wieder ersetzt werden, so wird vermittelst der Edictalladung ein Amortisationsverfahren eingeleitet[52]). — Wo im Fall des Concurses die Schließung des Foliums (s. oben Note 30.) nicht stattfindet, hören in Folge der vorgenommenen Zwangsversteigerung die eingetragenen Hypotheken entweder von Rechtswegen auf oder werden auf gerichtliche Requisition gelöscht[53]).

Außer der regelmäßigen Einrichtung der Hypothekenbücher hat man in einigen Staaten noch andere Mittel, den Realcredit zu heben, in Anwendung gebracht, nämlich Hypotheken-Versicherungs-Vereine und Creditvereine. Erstere stehen unter dem Recht der Versicherungsvereine, indem sie die Verhaftung für die Sicherheit der von ihnen vermittelten Hypothekenanlage übernehmen[54]); die Creditvereine sind Genossenschaften von Grundbesitzern, meistens einer bestimmten Classe, welche für die auf die Güter der Mitglieder gelegten Schulden bis zu einem gewissen

---

tragene Eigenthümer ist berechtigt, auf Grund der Quittung oder Löschungsbewilligung die Post auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie verfügen."

51) Pr. Hypothekenordnung v. 1783. Tit. II. §. 244 ff. — Baier. Hypothekengesetz §. 158—67. — Großh. Sächs. Pfandgesetz §. 324—28. — Mecklenburg. rev. rittersch. Hypothekenordnung §. 21. Wo übrigens die Umschreibung eines Postens auf die Erklärung des Gläubigers erfolgt, wird diese in der Regel auch für die Löschung genügen. Nach dem angef. Preuß. Gesetz §. 58. ist jedoch stets der Antrag des Eigenthümers (oder das Ersuchen einer zuständigen Behörde) zur Löschung erforderlich, natürlich unter Voraussetzung der gesetzlichen Begründung.

52) Dasselbe ist nicht mit der Amortisation eines eingetragenen Postens, dessen rechtmäßiger Inhaber unbekannt ist, zu verwechseln; letztere gestatten einige Gesetze nach dem Ablauf von dreißig Jahren, s. Baier. Hypothekengesetz §. 82. — — Mecklenburg. Stadtbuchordnung §. 29. Nach dem großherz. Sächs. Pfandgesetz §. 185. 190. erlischt jede Eintragung, wenn sie nicht erneuert worden, nach dem Ablauf von fünfzig Jahren.

53) Ersteres bestimmen: Württemb. Pfandgesetz Art. 129. — Großherz. Sächs. Pfandges. §. 164. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 104. (doch setzen die beiden ersteren Gesetze Auszahlung des Kaufpreises voraus) — Preuß. Gesetz über den Eigenthumserwerb §. 47., s. jedoch das Gesetz, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883. und dazu den Commentar von O. Rudorff. Berlin 1883. — Letzteres das Baier. Hypothekengesetz §. 164.

54) Sie schließen also Versicherungsverträge ab, keine Bürgschaftsverträge, s. R. O. H. G. V. Nr. 73.

Betrage des Taxwerthes die gemeinschaftliche Garantie übernehmen. Diese Vereine, welche zuerst für den ritterschaftlichen Grundbesitz in Preußen eingeführt sind[55]), später aber auch in anderen Staaten Nachahmung gefunden haben[56]), stellen auf ihren Namen, aber unter specieller Verpfändung des Gutes, dessen Eigenthümer den Credit begehrt hat, verzinsliche Pfandbriefe aus, welche in das Hypothekenbuch des belasteten Grundstückes eingetragen werden. Diese Pfandbriefe bieten also die zwiefache Sicherheit der Specialhypothek und der genossenschaftlichen Garantie; sie lauten auf den Inhaber (au porteur) und nehmen an dem allgemeinen Rechtsverhältnisse der auf den Inhaber gestellten Papiere Theil[57]). — Auch bei Staatspapieren ist diese Form der speciellen Verpfändung einzelner Staatsgüter hie und da zur Anwendung gebracht worden.

§. 104.

III. Das Pfandrecht an beweglichen Sachen.

Die Grundsätze, welche das ältere deutsche Recht über das Pfandrecht an beweglichen Sachen ausgebildet hatte, wichen in zwei wesentlichen Punkten von denen des römischen Rechts ab, indem nur ein Faustpfand anerkannt wurde und die Pfandsache auf Gefahr des Gläubigers stand[1]). Die letztere Regel, welche aus den allgemeinen Grundsätzen über das Tragen der Gefahr in contractlichen Verhältnissen hervorging,

---

55) Die Einrichtung rührt von Friedrich dem Großen her, und ist zuerst auf Grund einer Cabinetsordre v. 29. Aug. 1769 für Schlesien zur Anwendung gebracht worden. Die Verfassung der ritterschaftlichen Creditvereine beruht in den einzelnen Provinzen auf besonderen Reglements; seit 1849 hat der ostpreußische und schlesische Creditverein auch bäuerliche Grundstücke in den Verband aufgenommen. Vgl. überhaupt Koch, Lehrbuch des gemeinen preußischen Privatrechts I. §. 388.

56) So in Mecklenburg, Hannover, Württemberg; s. Mittermaier, Grundsätze I. §. 270. — Kraut, Grundriß §. 105. — Kuntze, die Lehre von den Inhaberpapieren S. 87. Note 1.

57) Die Pfandbriefe sind ihrem geschichtlichen Ursprunge nach auf die über das Rentengeschäft ausgestellten Handfesten zurückzuführen, welche auch, wie einzelne Beispiele aus dem späteren Mittelalter zeigen, auf den Inhaber ausgestellt werden konnten. S. Koch a. a. O. über die „ledernen Briefe" in Schlesien. — Duncker, Zeitschrift für deutsches Recht V. S. 32—40. Vgl. oben §. 86. — Verschieden von diesen Creditvereinen mit dinglicher Sicherung der Pfandbriefinhaber sind die in neuerer Zeit entstandenen Hypothekenbanken und Bodencreditactienbanken, deren Pfandbriefe bei dem Mangel der Specialhypothek nur durch die Solidarhaft der Bank gedeckt werden. Vgl. H. Schmidt, die Normativ-Bestimmungen für die preußischen Hypothekenbanken. Berlin 1883.

1) S. oben §. 101. Note 1—4.

hat sich gegen das römische Recht nicht in Geltung erhalten[2]); ebenso sind die besonderen Vorschriften über den Pfandverkehr und namentlich die Bevorzugung der Juden für denselben neueren Einrichtungen gewichen[3]), unter denen die öffentlichen Leihhäuser eine eigenthümliche Stellung einnehmen, welche jedoch nach den particularrechtlichen Bestimmungen und zum Theil nach besonderen Privilegien zu beurtheilen ist[4]). Dagegen ist der Grundsatz des älteren Rechts, daß an beweglichen Sachen nur ein Faustpfand bestellt werden kann, nach vielen Particularrechten in Kraft geblieben oder wieder eingeführt worden[5]), und wenn daneben ein stillschweigendes Pfandrecht ohne Besitz zugelassen ist, kommt es nur mit beschränkter Wirkung zur Geltung[6]).

I. Im Abgemeinen ist zur Bestellung eines Faustpfandes die Uebertragung des körperlichen Besitzes der Sache erforderlich, wobei es genügt, daß dem Gläubiger die Möglichkeit der unmittelbaren Einwirkung auf die Sache gegeben ist. Bei der Verpfändung von Werthpapieren und Forderungen genügt die Uebergabe der betreffenden Urkunde[7]).

---

[2]) Chursächs. Constitutionen P. II. const. 26. — Frankf. Reformation Th. II. Tit. 17. §. 4. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 121—22. — Oesterr. Gesetzb. §. 459—60. Vgl. Stryk, Usus mod. pandect. XX. 1. §. 5.

[3]) Sächs. Landr. B. III. Art. 7. §. 4. — R. P. O. v. 1577. Tit. 20. §. 2. — Pr. A. L. R. a. a. O. §. 263—70.

[4]) Vgl. oben §. 85. Note 20. — Strippelmannn, neue Sammlung IV. Nr. 29. — Groß, die Privilegien der Leihhäuser in Sachsen gegen die Vindication verpfändeter Effecten, bei Tauchnitz, Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. N. F. XI. S. 103—10. Ueber Pfandanstalten, Creditinstitute und Banken s. H. G. B. Art. 312. und Goldschmidt, Handelsrecht I. 2. S. 890. 928. Ueber den gewerbsmäßigen Pfandverkehr und das Rückkaufsgeschäft s. Preuß. Gesetz betreffend das Pfandleihegewerbe vom 17. März 1881. Vgl. Dernburg, Preuß. Privatr. I. §. 360.

[5]) Rev. Lüb. Recht B. III. Tit. 4. Art. 5. — Chursächs. erläut. Proceßordnung ad tit. XLIV. §. 2. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 71. 94. — Oesterr. Gesetzb. §. 451. — Baier. Hypothekenges. §. 3. — Württemb. Pfandgesetz Art. 3. 245. — Bremer rev. Erbe- und Handfesten-Ordnung §. 122. — Großh. Sächs. Pfandges. §. 3. 5. 57. 58. — Souchay, Anmerkungen zu der Frankfurter Reformation I. S. 384. 412.

[6]) Bremer rev. Erbe- und Handfesten-Ordnung §. 130—34. — Koch, Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts I. §. 382. Nr. II.

[7]) Chursächs. erl. Proceßordnung a. a. O. „In rebus mobilibus aber ist weder eine gerichtliche, noch außergerichtliche Verschreibung von einiger Würckung, sondern es hat allein derjenige, dem ein Pfand zugleich übergeben worden, wann er es würcklich in Händen hat, gestalt ein constitutum possessorium, oder eine Traditio ficta, hierbey keineswegs zu attendiren, ein jus reale dergestalt daran erlanget, daß er vor allen andern, so nicht zur ersten Classe gehören, davon zu befriedigen. So wird auch an außenstehenden Capitalien und Forderungen wer durch eine Inhibition oder ein Praeceptum de non solvendo, noch durch eine

II. In neueren Gesetzbüchern ist auch bei dem Faustpfande die symbolische Tradition zur Anwendung gebracht worden, und zwar im österreichischen Gesetzbuche genau nach Analogie der für die Eigenthumsübertragung aufgestellten Vorschriften[8]). Das preußische Landrecht dagegen hat diese Einrichtung für das Pfandrecht besonders ausgebildet, und verlangt hier außer der symbolischen Tradition, welche regelmäßig in der Uebergabe bestimmter Urkunden besteht, noch andere Erfordernisse[9]); auch kommen je nach dem Gegenstande einer solchen Verpfändung noch besondere Bestimungen vor[10]).

---

bloße Verschreibung, wenn nicht das Document loco pignoris mit übergeben — — ein jus reale erlanget." — Bremer rev. Erbe- und Handfesten-Ordnung §. 123. „a. Die Uebergabe muß so geschehen, daß die Sache in den körperlichen Besitz des Gläubigers gelangt, sei es nun, daß dieser solche wirklich ergreift, ohne daß er zu einer unmittelbaren Einwirkung auf dieselbe in den Stand gesetzt wird. — — d. Die bloße Ueberlieferung der das Recht des Schuldners an dem zu verpfändenden Gegenstande nachweisenden Urkunden an den Gläubiger bewirkt den Uebergang des Besitzes nicht, ausgenommen in folgenden Fällen: 1) bei Verpfändungen von Conossementen, Papieren auf den Inhaber, so wie von Actien in Assecuranzcompagnien und anderen Actiengesellschaften, wenn sie auf den Namen der Actionäre gestellt sind; 2) bei der Verpfändung einer Forderung." — Großherz. Sächs. Pfandgesetz §. 58. — — „Gerichtliche Verwahrung der Pfandstücke für den Gläubiger ist dem eigenen Besitze des letzteren hinsichtlich des Pfandrechts gleich zu achten." — Württemb. Pfandges. Art. 248.

[8]) Oesterr. Gesetzbuch §. 452. „Bei Verpfändung derjenigen beweglichen Sachen, welche keine körperliche Uebergabe von Hand zu Hand zulassen, muß man sich, wie bei der Uebertragung des Eigenthums (§. 427.), solcher Zeichen bedienen, woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann." Vgl. oben §. 87. Note 1.

[9]) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 271. „Verpfändungen durch symbolische Uebergabe finden nur bei Sachen statt, wo entweder die Natur des Gegenstandes keine eigentliche körperliche Uebergabe zuläßt, oder wo die Gesetze die Parteien ausdrücklich davon dispensiren. §. 272. Aber auch bei solchen Sachen kann die Verpfändung ohne körperliche Uebergabe nur insofern mit rechtlicher Wirkung erfolgen, als ihr Besitz auf den Pfandgläubiger durch solche Zeichen übertragen werden kann, aus welchen diese mit dem Besitze vorgefallene Veränderung auch für andere, außer den contrahirenden Parteien, ersichtlich ist. §. 273. Es muß also in einem solchem Falle nicht nur eine schriftliche Erklärung des Schuldners, den Besitz dem Gläubiger übertragen zu wollen, entweder im Pfandvertrage selbst, oder in einer eigenen Urkunde vorhanden sein; sondern auch eine symbolische Uebergabe hinzukommen. §. 274. Es müssen aber auch noch außerdem zwischen dem Verpfänder und Pfandgläubiger solche Maßregeln genommen werden, daß kein dritter, ohne eigenes grobes Versehen, verleitet werden könne, zu glauben, als ob dem Verpfänder über die Sache und deren Besitz annoch die freie Disposition zustehe." Vgl. H. G. B. Art. 309. — Einführungsgesetz zur R. K. O. §. 14.

[10]) Es wird gehandelt a. a. O. §. 281—98. von der Verpfändung ausstehender Forderungen, §. 299—328. von der Verpfändung von Frachtschiffen, §. 329

III. Ob und inwieweit die Regel: Hand wahre Hand bei der Pfandklage des Gläubigers gegenwärtig noch zur Anwendung kommt, ist nach der Stellung der Lehre in den Particularrechten zu entscheiden; im Allgemeinen gilt hier dasselbe Recht wie bei der Vindication beweglicher Sachen[11]).

—66. (s. jetzt Einführungsgesetz zum Allg. Deutschen Handelsgesetzb. Art. 59.), von der Verpfändung von Kaufmannswaaren, insbesondere §. 367—73. bei eingehenden, §. 374—79. bei ausgehenden Waaren, §. 380—89. bei Verpfändungen an die Bank. Vgl. im Allgemeinen Koch, Lehrbuch I. §. 381—86. — Förster, Preuß. Privatrecht III. §. 197. — Dernburg, Preuß. Privatrecht I. §. 354.

[11]) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 118. „So lange er (der Pfandinhaber) sich dieses Besitzes nicht freiwillig begeben hat, ist er befugt, das ihm entzogene Pfand von einem Jeden, auch von dem Schuldner selbst, zurückzufordern. §. 119. Doch findet diese Rückforderung gegen einen dritten redlichen Besitzer nur unter eben den Umständen und Bestimmungen statt, unter welchen der Eigenthümer seine Sache von einem solchen Besitzer vindiciren kann." — H. G. B. Art. 306—8. Vgl. oben §. 85. Note 16. und überhaupt Goldschmidt, Handelsrecht I. 2. S. 898—904. 951. 1035. Note 26. 1052. Note 87. — Ueber das Pfandrecht der Kaufleute, Frachtführer und Verfrachter s. unten im Handelsrechte.

Dritter Abschnitt.

Das Obligationenrecht.

§. 105.

Einleitung.

Es ist eine oft wiederholte Behauptung, in der Germanisten und Romanisten zusammen zu treffen pflegen, daß für keinen andern Rechtstheil die Aufnahme des römischen Rechts so vollständig und umfassend und auch innerlich so begründet gewesen sei als für das Obligationenrecht. Während das römische Recht in seiner späteren Entwickelung gerade nach dieser Seite hin ein wahres, auf der Natur der Sache beruhendes jus gentium darstelle, habe das ältere deutsche Recht nur ärmliche Geschäftsformen ausgebildet gehabt, welche von der fremden Rechtsquelle leicht verdrängt, oder mit neuem Stoff ausgefüllt worden seien. In der That ist das Obligationenrecht dasjenige Gebiet, auf welchem sich die durch das Bedürfniß bestimmte Privatwillkühr am Freiesten bewegen kann und die Herrschaft eigenthümlicher, durch die Nationalität bedingter Institutionen verhältnißmäßig den geringsten Einfluß ausübt. Erwägt man nun die große Kunst, mit welcher die römische Jurisprudenz den reichen Stoff des ökonomischen Verkehrs begriffsmäßig auseinander gelegt, mit welchem Scharfsinn und Gerechtigkeitsgefühl sie vor Allem das Princip der bona fides festgestellt und ausgebildet hat; so wird die große Bedeutung, welche diese Lehren für das germanische Rechtsleben gewonnen haben, nur natürlich und gerechtfertigt erscheinen. Dazu kommt, daß die moderne Gestaltung der Lebensverhältnisse, welche gleichzeitig mit der Reception des römischen Rechts immer entschiedener hervortrat, in dessen allgemeinen Grundsätzen manche Normen vorgebildet fand, deren Uebertragung auf den verwandten Stoff in natürlicher Weise vor sich ging.

Aber auch in dieser Beziehung muß die prüfende Betrachtung vor Uebertreibungen bewahren. So ärmlich, wie Manche zu glauben scheinen,

war es mit den Verkehrsverhältnissen selbst des früheren Mittelalters nicht bestellt[1]); die Rechtsbücher enthalten schon ein viel reicheres Material, aus welchem sich ein ziemlich vollständiges System des Obligationenrechts zusammenstellen läßt, und wie sehr dasselbe in den Stadtrechten erweitert und ausgebildet ist, zeigen die Statuten und insbesondere die Weisthümer und Rechtssprüche. Das römische Recht fand daher bei seiner Aufnahme auch nach dieser Seite hin keinen leeren Raum, in den es nur einzutreten brauchte; es gab namentlich manche demselben fremde Rechtsinstitute, entweder schon in voller Ausbildung, oder doch in der Entwickelung begriffen, welche nach ihrem eigenen Wesen aufgefaßt und beurtheilt werden wollten. Außerdem aber bedarf doch die Behauptung, daß das römische Obligationenrecht gewissermaaßen als ein allgemein praktikables Weltrecht sich darstellt, einer wesentlichen Beschränkung, da Vieles in demselben durch die von der Consequenz des alten Civilrechts nie ganz losgebundene Rechtsanschauung bestimmt und bedingt ist. Es blieb daher immer die Frage möglich, was an eigenthümlich deutschen Rechtsinstituten erhalten oder neu ausgebildet worden, und ferner, ob und in welchem Maaße die Aufnahme des römischen Obligationenrechts Beschränkungen erfahren hat? Die Beantwortung dieser Fragen bildet den Gegenstand der folgenden Darstellung.

Im Allgemeinen ist aber auch bei der Behandlung dieser Lehre der Standpunkt festgehalten worden, daß nicht jede Abweichung von dem Systeme des römischen Rechts hier zur Erörterung kommen soll, sondern daß nur diejenigen Institute und Rechtsgrundsätze, welche sich als das Ergebniß einer selbständigen deutschen Rechtsbildung darstellen, eine Berücksichtigung finden. In der Anordnung des Materials, welches von diesem Standpunkte aus betrachtet, ein verhältnißmäßig beschränktes ist, hat aber, um den innern Zusammenhang einzelner Rechtslehren nicht zu unterbrechen, den Anforderungen der formellen Systematik nicht immer vollständig Genüge geschehen können. So ist das Wechselrecht, trotz der jetzt geltenden allgemeinen Wechselfähigkeit, nicht hier abgehandelt worden; es wird später in Verbindung mit dem Handelsrechte dargestellt werden.

---

[1]) Eine Zusammenstellung der in den Quellen der fränkischen Periode behandelten Verträge s. bei Warnkönig und Stein, französische Staats- und Rechtsgeschichte II. S. 515—22. Ueber den Handel und das Handelsrecht der Westgothen s. F. Dahn, bei Goldschmidt, Zeitschrift für das Handelsrecht XVI. Nr. 5. — In neuester Zeit hat übrigens das deutsche Obligationenrecht in seiner geschichtlichen Entwickelung, auch abgesehen von den Instituten des Handels- und Wechselrechts, eine eingehendere Würdigung gefunden, wie die Arbeiten von Delbrück, Stobbe, Kuntze, Platner, Neumann, Sohm, Brunner, Behrend, Richard Löning, W. Sickel, Val du Lièvre u. A. beweisen.

Von den Obligationen, die an Sachen und Zustände geknüpft sind, ist das Näherrecht schon oben unter den gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums, die Reallasten sind unter den Grundlasten behandelt worden, während die Bannrechte im Gewerberecht ihre Erörterung finden werden.

Erstes Kapitel.

Allgemeine Lehren.

§. 106.

Das Wesen der Obligation.

Die Obligation ist das Rechtsverhältniß zwischen zwei (oder mehreren) Personen, durch welches auf der einen Seite ein Anspruch auf eine bestimmte Leistung, auf der andern Seite die Verbindlichkeit sie zu erfüllen begründet wird. Nach römischer Anschauung ist dabei das Recht des Gläubigers auf die Handlung des Schuldners maaßgebend, und zwar so, daß nur zwischen diesen ursprünglich bei der Obligation betheiligten Personen das Rechtsverhältniß überhaupt besteht; es ist mit denselben nothwendig verknüpft, so daß es nicht von ihnen abgelöst und auf andere Personen übertragen werden kann. Daher die Ausschließung der freien Stellvertretung, indem der Bevollmächtigte als der eigentliche Contrahent angesehen wird; daher auch die Unmöglichkeit der Singularsuccession in Obligationen. Soll das Recht des Gläubigers übertragen werden, so behilft man sich mit der Fiction eines Mandatsverhältnisses (procurator in rem suam); ein Wechsel in der Person des Schuldners ist dagegen nur in der Weise möglich, daß die frühere Obligation aufgelöst und an deren Stelle eine neue mit einem neuen Schuldner gesetzt wird (Delegation und Expromission).

Diese römische Auffassung des Obligationsverhältnisses ist aber weder an sich nothwendig noch im deutschen Recht zur Herrschaft gelangt. Soweit hierbei die Natur des Vertrags und insbesondere der Vertrag zum Besten Dritter in Betracht kommen, wird darüber unten noch genauer gehandelt werden; im Allgemeinen ist nur schon hier hervorzuheben, daß nach deutscher Anschauung mehr Gewicht auf die vom Schuldner übernommene Verbindlichkeit, als auf den Anspruch des Gläubigers (die Forderung)[1]) gelegt wird. Aber damit ließe es sich freilich noch

---

1) Forderung in der älteren Rechtssprache ist Klage; jetzt bedeutet es den obligatorischen Anspruch im Gegensatz zu der Schuld, nicht aber obligatio als das wechselseitige Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner; s. Grimm, Rechtsalterthümer S. 600.

immer vereinen, daß das Rechtsverhältniß doch nur auf die bestimmten Personen, welche ursprünglich an demselben betheiligt waren, beschränkt bliebe.

Daß nun die Stellvertretung, d. h. die Vollführung fremder Geschäfte nicht nur der Wirkung, sondern auch dem Willen nach[2]), wie in dem älteren deutschen Rechte, so im heutigen als das leitende Princip für das Mandatsverhältniß zur Geltung gelangt ist, wird fast allgemein angenommen[3]) und zwar nach beiden Seiten der Obligation hin, so daß der Bevollmächtigte den Principal unmittelbar berechtigt und verpflichtet, selbst aber, so weit er sich innerhalb seiner Vollmacht hält, von dem Rechtsverhältnisse nicht betroffen wird[4]). Was aber die Uebertragung der Obligation auf Andere betrifft, so ist dabei die Universalsuccession, welche schon nach römischem Rechte ihre selbständige Berücksichtigung gefunden hat, außer Acht zu lassen, und nur von der Möglichkeit einer Singularsuccession zu handeln.

Im Allgemeinen ist nun zunächst darauf hinzuweisen, daß nach deutscher Rechtsansicht die Beschränkung der Obligation auf die Handlung eines bestimmt Verpflichteten zum Besten eines bestimmten Gläubigers durchaus nichts Wesentliches ist, daß vielmehr ein entschiedenes Gewicht auf den Gegenstand der Leistung als die Substanz des Rechtsverhältnisses gelegt wird, und daß diese festgestellt sein kann, bevor noch die Person des Gläubigers oder Schuldners bestimmt ist. Im älteren Recht tritt dies freilich für die Obligation nicht so klar hervor, weil meistens der dingliche Charakter der Rechtsverhältnisse, welche hier besonders in Betracht kommen, von wesentlichem Einfluß war, wie bei der Verpflichtung aus der Reallast und aus der Rente. Allein schon die Verknüpfung der Obligation mit Grundstücken, die activ und passiv ge-

---

2) Brinz, kritische Blätter civilist. Inhalts II. (Erlangen 1852.) S. 4.

3) Buchka, die Lehre von der Stellvertretung (Rostock und Schwerin 1852.) S. 178. 202 ff. — Brinz a. a. O. S. 36. — Arndts, Lehrbuch der Pandekten §. 246. Note 4. 218. Note 2. — Führt man diese, von dem römischen Rechte abweichende Auffassung auf das, freilich erst später ausgebildete deutsche Gewohnheitsrecht zurück, so bedarf es zu ihrer Rechtfertigung keiner juristischen Fiction, welche Buchka herbeizieht, und wodurch er zu der unhaltbaren Annahme, daß der Vertrag nach der Person des Bevollmächtigten zu beurtheilen ist, bestimmt wird; s. Ruhstrat, Archiv für oldenburg. Recht V. Nr. 14.

4) Daher hat die actio institoria gegenwärtig ihre Bedeutung verloren; im Einzelnen kommt dann Alles auf den Umfang der Vollmacht und die besonderen Verhältnisse an, welche namentlich auch bei der ausgezeichneten Stellung einzelner Bevollmächtigten: des Wirthschaftsdirectors auf Landgütern, des Disponenten in einer Handlung und anderer Geschäftsführer zu berücksichtigen sind. Doch wird stets festzuhalten sein, daß der Mandatar im Zweifel sich nicht selbst habe verpflichten wollen; s. Ruhstrat a. a. O. S. 99 ff.

schehen konnte, zeigt, daß man doch im Allgemeinen von der römischen Auffassung weit entfernt war; geschah es aber, daß über die Rente eine Handfeste ausgestellt wurde, so konnte sie auf den Inhaber lauten und die Uebertragung daher ohne Auflassung geschehen. Inhaberpapiere über Obligationsverhältnisse kommen aber jetzt sehr häufig vor; bei ihnen ist es durchaus unbestimmt, wer der Gläubiger sein wird (s. oben §. 86.). Aehnlich verhält es sich, wenn für irgend eine Leistung eine Prämie ausgelobt wird[5]), während es umgekehrt bei den Lehenschulden von bestimmten, die Nachfolge in das Gut bedingenden Umständen abhängt, wer als Schuldner verhaftet sein wird. — Besonders wichtig für die hier behandelte Frage ist aber der Wechselverkehr. Bei der Begebung des Wechsels ist es in der Regel unbestimmt, wer der Gläubiger sein wird, und es hängt von künftigen Ereignissen ab, ob der Bezogene durch die Annahme sich zum Schuldner machen, ob nicht andere Personen an seine Stelle treten, oder neben ihm als Hauptschuldner verhaftet werden. Nichts destoweniger besteht das Obligationsverhältniß in der Wechselschuld, welche auf den Credit des Ausstellers begründet ist, und durch die freie Uebertragbarkeit den größten Wandel der am Rechtsverhältniß betheiligten Personen zuläßt. — Nun sind dies freilich Institute eigenthümlicher Natur; aber ihre Ausbildung im Geschäftsleben würde doch unmöglich gewesen sein, wenn sie mit unumstößlichen Grundsätzen des gemeinen Rechts in Widerspruch ständen.

In der That ist aber auch die Singularsuccession in Obligationen für das heutige gemeine Recht principiell begründet[6]). Das zeigt sich einmal bei der Cession. Die romanistische Theorie sucht freilich die den Römern unentbehrliche Fiction des procurator in rem suam auch jetzt noch als nothwendig und geltend darzustellen; aber es

---

5) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 788—95. — v. Bülow, Abhandlungen über einzelne Materien des röm. bürgerlichen Rechts I. Nr. 11. — Schütze, Jahrbuch des gem. deutschen Rechts V. Nr. 2. — Windscheid, Pandektenrecht II. §. 309. — Seuffert IX. Nr. 275. (Erk. des O. A. Gerichts zu Lübeck). — K. Tzschirner, D. de indole ac natura promissionis popularis „Auslobung" quam vocant. Berol. 1869. — Gruchot, Beiträge XIII. S. 709—27. — Siegel, das Versprechen als Verpflichtungsgrund (Wien 1873.) §. 11.

6) Vgl. Berthold Delbrück: Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Rechte. Berlin 1853. — Windscheid, Pandektenrecht II. §. 329 ff. — Delbrück hat sich das große Verdienst erworben, das Princip der Lehre aufzustellen und zu begründen; in den einzelnen Folgerungen ist ihm aber nicht beizustimmen, namentlich nicht in dem, was er über die Ablösung der Schuld als selbständigen Vermögenstheils von dem Obligationsverhältnisse sagt, — eine Auffassung, welche wohl durch die Verkennung des dinglichen Charakters der Rente und die Vermischung der Hypothekenschuld mit andern Obligationsverhältnissen veranlaßt worden ist.

bedarf nur einer unbefangenen Beobachtung der Rechtsübung im Volke, um sich davon zu überzeugen, daß wirklich die Uebertragung des Rechts Gegenstand des Verkehrs ist. Die ältere Theorie wußte sich dies durch die Analogie der Tradition zurecht zu legen[7]); das bezeichnete Princip ging aber in sämmtliche neuere Gesetzbücher über[8]), und daß sie auch der Rechtsanschauung der Gegenwart vollständig entspricht, zeigen die auf dem Boden des gemeinen Rechts entstandenen Hypothekengesetze, welche den Cessionar unbefangen als den wahren Gläubiger und Inhaber der Forderung behandeln[9]); ein procurator in rem suam ist in Deutschland wohl noch nicht in ein Hypothekenbuch eingeschrieben worden.

Aber nicht blos in Forderungen, sondern auch in Schulden kann succedirt werden; das geschieht durch die Uebernahme fremder Schulden, und zwar sowohl in Folge eines allgemeineren, den Uebergang des Activ- und Passivvermögens bewirkenden Rechtsgeschäfts, wie bei der Gutsabtretung, der Begründung einer ehelichen Gütergemeinschaft, der Uebernahme einer Eisenbahnanlage, — als auch durch die unmittelbar darauf gerichtete Vereinbarung. Für die rechtliche Beurtheilung dieses Verhältnisses kommt es zunächst darauf an, den Zeitpunkt zu bestimmen, mit welchem die Succession in die Obligation eintritt, der Uebernehmer in die Stelle des Schuldners rückt. Das unter ihnen getroffene Abkommen hat diese Wirkung noch nicht, da dem Gläubiger wider seinen Willen ein anderer Schuldner nicht aufgedrungen werden kann, der ursprüngliche Schuldner aber, so lange er noch aus der Obligation in Anspruch genommen werden kann, verhaftet bleibt und also seine Schuld besteht; denn ein Regreß gegen den Uebernehmer kann wohl als ein Aequivalent für dieselbe gelten, hebt sie aber nicht auf. Abgesehen also von dem Fall der erfolgten Zahlung, bleibt der ursprüngliche Schuldner noch so lange verhaftet, bis der Gläubiger zu dem Geschäfte der Uebernahme hinzutritt und durch die Anerkennung (Agnition) des Uebernehmers als seines neuen Schuldners den früheren befreit. Dies war nach römischem Rechte nur in der Art möglich, daß die alte Obligation aufgehoben und an deren Stelle eine neue mit einem neuen Schuldner gesetzt wurde. Nach heutigem Rechte bedarf es dieses Umweges nicht, indem man die Obligation fortbestehen lassen und nur einen Wechsel in der Person des Schuldners vornehmen kann. Die

---

[7]) v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Cod. Max. bav. civ. (Th. II Cap. 3. §. 8.) II. S. 335 ff. — Bornemann, syst. Darstellung III. S. 66.

[8]) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 376—444. — Oesterr. Gesetzb. §. 1392—1410. — Sächs. Gesetzbuch §. 962—63. — Code civ. Art. 1689—94.

[9]) S. oben §. 103. Note 42—44.

Anerkennung begründet daher in diesem Fall keine neue Obligation[10]); dieselbe kann aber ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden, und zwar ist Letzteres namentlich dann der Fall, wenn der Gläubiger den Uebernehmer auf Zahlung belangt. Die unter den Praktikern viel erwogene Frage, wie dem Gläubiger eine Klage gegen den Uebernehmer zu verschaffen sei[11]), löst sich nach dieser Auffassung in einfacher, dem Wesen des Verhältnisses und der Absicht der Betheiligten entsprechender Weise; selbst für den Fall, wenn durch die Uebertragung des Activvermögens mit den Schulden dem Gläubiger die Aussicht genommen ist, den ursprünglichen Schuldner mit Erfolg in Anspruch zu nehmen, bedarf es also in der Regel zu seiner Sicherung keiner besonderen Vorkehrung.

Was ferner das Verhältniß zwischen Schuldner und Uebernehmer betrifft, so geht zunächst die Absicht des Geschäftes darauf, daß der erstere von seiner Schuld befreit werden soll; bis dies durch Zahlung oder durch die Anerkennung von Seiten des Gläubigers geschehen ist, hat die Uebernahme ihren Zweck nicht erreicht, und dem Schuldner wird daher zu diesem Behuf eine Klage gegen den Uebernehmer auf Vollziehung zu geben sein. Es können jedoch auch andere Verabredungen unter ihnen getroffen werden, die besonders dann von praktischer Bedeutung sind, wenn durch die Uebernahme eine Schuld des Uebernehmers an den Schuldner getilgt werden soll. In diesem Fall kann ausgemacht werden, daß die Uebernahme, noch ehe eine Befreiung des Schuldners stattgefunden hat, als Zahlung gelten soll, indem der Schuldner sich Sicherheit wegen seiner künftigen Befreiung bestellen läßt[12]), oder überhaupt durch den Regreß gegen den Uebernehmer, für den Fall, daß er selbst in Anspruch genommen werden sollte, sich gedeckt hält. Ob der Uebernahme eine solche Wirkung unter den abschließenden Personen beizulegen ist, muß nach den Umständen entschieden werden; selbst die Geschaftsformen einzelner Gegenden können dabei von Einfluß sein, wie denn im Allgemeinen zu bemerken ist, daß Geschäfte dieser Art meistens bei Güterkäufen und Auseinandersetzungen über Hypothekenschulden eingegangen werden, indem der Uebernehmer zugleich Eigenthümer des

---

10) Flach, Entscheidungen I. S. 16—17. Auf die Lehre von der Anerkennung, welche durch die bedeutende Schrift von Otto Bähr: die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (2. Aufl. Cassel und Göttingen 1867.) eine so bedeutende Stelle in der neueren juristischen Literatur gewonnen hat, wird hier nicht eingegangen, da sie nur in Verbindung mit anderen im römischen Recht wurzelnden Instituten dargestellt werden kann.

11) S. die Anführungen bei Delbrück a. a. O. S. 70 ff.

12) Vgl. Pfeiffer, pract. Ausführungen IV. S. 152—153.

belasteten Grundstücks und also Pfandschuldner wird. Dadurch vereinfacht sich gewöhnlich das Verhältniß, indem es im Interesse des Gläubigers zu liegen pflegt, den Pfandschuldner auch zum Hauptschuldner zu haben. Im Zweifel wird man aber doch nicht annehmen dürfen, daß der Schuldner vor seiner völligen Sicherstellung eine übernommene Schuld, wegen deren er selbst noch in Anspruch genommen werden könnte, sich als Zahlung habe anrechnen lassen[13]).

§. 107.

Der Vertrag.

Die Wirksamkeit des Vertrags beschränkt sich allerdings nicht auf das Obligationenrecht; sie macht sich auch in internationalen und staatsrechtlichen Beziehungen geltend, und ebenso auf dem Gebiete des Sachenrechts und des Familien- und Erbrechts[1]). So wie es also Obligationen giebt, die nicht aus Verträgen entstehen, so giebt es auch Verträge, welche keine Obligationen begründen, und die allgemeine Lehre von den Verträgen ließe sich daher auch in dem allgemeinen Theile bei den Rechtsverhältnissen abhandeln. Wenn dies nach dem Vorgange der meisten Systeme in diesem Werke nicht geschehen ist, so ist der Grund davon gewesen, weil die regelmäßige Wirkung der Verträge eine obligatorische ist, und sich in dieser ihre allgemeine Natur am Deutlichsten herausstellt.

Der Vertrag (das Geding) ist nun eine Uebereinkunft zweier oder mehrerer Personen über die Begründung, Abänderung oder Aufhebung der Rechtsverhältnisse. Der für sich bestehende Einzelwille Mehrerer vereinigt sich zu einem Gesammtwillen; er gestaltet sich zu einer Uebereinstimmung (consensus) über das Rechtsverhältniß, welches den Gegenstand der Verhandlung bildet. Damit ein Vertrag zu Stande komme, sind daher zwei Momente zu unterscheiden, wenn sie auch der Zeit nach nicht nothwendig von einander getrennt erscheinen: die Willensbestimmung der Einzelnen und die Uebereinstimmung der Mehreren[2]). Die genauere Analyse des ersten

---

13) Der Satz, welchen Delbrück a. a. O. S. 44. für den gewöhnlichen Fall, daß durch die Uebernahme eine Schuld des Uebernehmers gegen den Schuldner getilgt werden soll, als den Mittelpunkt seiner Deduction aufstellt: Uebernahme ist Zahlung, ist in dieser Allgemeinheit also nicht anzuerkennen; es kommt dabei immer auf das „id quod actum est“ an.

1) Hasse, rhein. Museum für Jurisprudenz I. S. 92 ff. II. 2. S. 201 ff. — Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 1. S. 29. — v. Savigny, System II. S. 309 ff.

2) Ist daher ohne Verschulden eines der Contrahenten ein Telegramm aus Irrthum unrichtig übermittelt worden, so liegt keine Willenserklärung vor, welche einen Vertrag begründet, wenn auch Entschädigungsansprüche daraus entstehen

Moments ist an sich eine psychologische Aufgabe, und diejenige Rechtsbildung wird die vollkommenste sein, welche ihre Regeln über die Willensbestimmung in diesem Sinne am Richtigsten formulirt. Die allgemeinen Grundsätze, welche das römische Recht hierüber und namentlich über die Mängel der Willensbestimmung: dolus, vis, error aufstellt, sind in unser gemeines Recht übergegangen[3]).

Was ferner den Consensus betrifft, so wird auch hier über den Begriff an sich keine Verschiedenheit zwischen der römischen und deutschen Rechtsansicht bestehen; über die rechtliche Wirkung desselben in dem Vertrage zeigt sich aber eine wesentliche Abweichung, welche sich nach zwei Seiten hin geltend macht: in materieller und formeller Beziehung. Um den ersten Punkt genau zu fassen, ist wieder auf das Wesen der Obligation zurückzugehen, in der, wie schon oben hervorgehoben wurde, die Römer das entscheidende Gewicht auf das Recht des Gläubigers legen, welcher sich den Willen des Schuldners für den Inhalt der Obligation unterwürfig macht. Im Gegensatze davon legen die Deutschen den Hauptnachdruck auf die von dem Schuldner übernommene Verbindlichkeit — das Versprechen, und führen auf die Verpflichtung, dieses zu halten, die allgemeine Gültigkeit des Vertrages zurück[4]). Damit muß man den im deutschen Recht nicht durchgeführten Grundsatz des römischen Rechts zusammenhalten, daß nur die ursprünglichen Contrahenten aus dem Vertrage berechtigt und verpflichtet werden können, um die principielle Verschiedenheit beider Rechtssysteme in dieser Lehre zu begreifen.

Jene deutsche Auffassung darf freilich nicht dahin mißverstanden werden, daß jedes formlose Versprechen an sich unbedingte rechtliche Gültigkeit habe[5]). Wir finden vielmehr den reichen Formalismus des deutschen

---

können. S. namentlich über den bekannten Kölner Fall Windscheid, Pandektenrecht II. §. 308. und die dort Angeführten. — Goldschmidt, Zeitschr. für Handelsrecht X. S. 336—51.

3) Das trifft auch im Allgemeinen bei den Regeln über die Handelsunfähigkeit der Geisteskranken zu, wenngleich für die genauere Feststellung der Begriffe unsere Rechtssprache und die neuere Heilwissenschaft ein selbständiges Material bieten; vgl. oben §. 59. Note 23.

4) Sächs. Landr. B. I. Art. 7. „Swe icht borget oder lovet, die sal't gelden, unde svat he dut, dat sal he stede halten." — Freiburger Stadtr. von 1520. fol. 39. „Welcher dem andern etwas mit bedachtlichkeit zusagt, es sig mit blossen worten, oder andern zusagungen, die wort syent wie sy wöllen, so sol der ihen der zugesagt hat, sin zusagen halten, und mag mit recht darzu gezwungen werden, dann es gepürt sich menschlicher erbarkeit, das man glauben halte, es wer dann das zusagen umb unerlich sachen." Vgl. im Allgemeinen C. Ad. Schmidt, der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte I. §. 29.

5) Diese Ansicht ist vertreten von H. Siegel, das Versprechen als Verpflichtungsgrund (Wien 1873.), sie ist aber so allgemein aufgestellt, nicht für richtig

Rechts auch auf die Vertragslehre angewandt und mit großer Consequenz durchgeführt: aber es hatte damit doch eine andre Bewandtniß, als mit den römischen Vertragsformen, und das führt auf die zweite oben bezeichnete Abweichung. Bei den Römern war, abgesehen von den bestimmt ausgeschiedenen Consensualverträgen, für die keine bestimmte Form galt, der Vertrag als solcher wirkungslos: es bedurfte, wenn nicht die Leistung des einen Theils eine Klage auf Rückgabe oder Gegenleistung gewährte, in der Regel der stipulatio, in der sich der Schuldner dem Willen des Stipulators unterwarf, um einen vollgültigen, klagbaren Vertrag zu Stande zu bringen. Das war eine Consequenz des Systems; Zweckmäßigkeitsgründe waren dabei wenigstens nicht allein maaßgebend, wie sich schon daraus ergiebt, daß gerade die an sich formlosen Consensualverträge leicht dem Gegenstand nach die wichtigsten waren. — Anders im deutschen Rechte. Hier finden sich die Formen im Interesse der Rechtssicherheit angewandt, um den Moment mit Sicherheit zu bestimmen, wo die getrennten Einzelwillen im bindenden Consensus zusammentreffen, und um für den Beweis des zu Stande gekommenen Geschäftes zu sorgen[6]). Daher

---

zu halten. Für gewisse Rechtsverhältnisse z. B. die Auslobung legt das deutsche Recht allerdings dem Versprechen (Gelöbnisse) rechtsverbindliche Kraft bei; vgl. Fr. Hofmann, die Entstehungsgründe der Obligation. Wien 1874. — Stobbe, Zeitschrift für Rechtsgesch. XIII. S. 209 ff.

[6]) In diesem Sinne ist auch das Sächs. Landr. B. I. Art. 7. aufzufassen, wo es nach den in Note 4. abgedruckten Worten heißt: „Wil es he aber versaken dar na, he untvort it ime mit sinem ede, svat he vor gerichte nit gelovet (Homeyer gelent) ne hevet. Svat he aber vor gerichte dut, des vertüget en de sakeweldige mit tven mannen, unde de richter sal de dridde sin." — Die Ableugnung beziehungsweise Auslegung des außergerichtlichen Geschäftes war also auf den Eid des Schuldners gestellt. Vgl. Art. 13. §. 2. und Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 1. S. 38 ff. Zu leicht findet sich Sohm, das Recht der Eheschließung S. 25. Note 8. mit dieser Stelle des Sachsenspiegels ab, während seine Auslegung von B. I. Art. 6. §. 2. ganz unhaltbar erscheint, da hier nur vom Erben die Rede ist und dessen Verhaftung für die Schulden nur bis zum Bestande der Erbschaft ausgesprochen wird. — Für die von mir a. a. O. bekämpfte Ansicht, daß jeder formlose Vertrag nach deutschem Rechte klagbar gewesen, erklärten sich Stobbe, zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts Nr. 1. und Heimbach, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß N. F. XIII. Nr. 3. Stobbe hat später in der oben Note 5. angeführten Abhandlung seine Ansicht geändert, dagegen Sohm a. a. O. S. 24 ff. eine neue Lehre aufgestellt, indem er im altdeutschen Rechte nur Formal- und Realcontracte anerkannt findet, s. auch Franken, das französische Pfandrecht S 43 ff. 70 ff. — Brunner in Goldschmidt's Zeitschr. XXII. S. 553. Die geistreiche Ausführung eignet sich nicht für eine gelegentliche Erörterung, nur im Allgemeinen sei bemerkt, daß die Auffassung der arrha als einer verkümmerten Gegenleistung gewagt erscheint und die ursprüngliche Bedeutung derselben als eines Symbols des Vertragsschlusses doch viel näher liegt. Vgl. überhaupt Behrend in Goldschmidt's Zeitschr. XXI. S. 583 ff.

entschied sich die Wahl einer Form weniger nach einer rechtlichen Nothwendigkeit, als nach dem Belieben der Betheiligten, und wenn auch Sitte nnd Herkommen dabei gewisse Regeln auflegten, so war doch nach der Verschiedenheit der Stammes- und Standesrechte und nach der Beschaffenheit und dem Inhalt der einzelnen Rechtsgeschäfte eine große Mannichfaltigkeit des Formalismus möglich.

In dieser Lage war das deutsche Recht, als die fremden Rechtsquellen recipirt wurden, und es nun entschieden werden mußte, wie es mit den Formen bei Abschließung der Verträge zu halten sei. Die Glosse und einige ältere Praktiker glaubten hier unbefangen die Grundsätze des römischen Rechts, besonders über die stipulatio, welche doch schon in der späteren Kaiserzeit Vieles von ihrem ursprünglichen Wesen eingebüßt hatte[7]), anwenden zu können[8]); allein die Unmöglichkeit, einen so fremdartigen Formalismus in den Geschäftsverkehr einzuführen, zeigte sich bald, und so kam man nun, anstatt in verständiger Weise an das vorhandene Volksrecht anzuknüpfen, zu der extremen Ansicht, daß jeder formlose Vertrag vollgültig und klagbar sei, wofür man dann einzelne mißverstandene Stellen des canonischen Rechts[9]) und die Heiligkeit des gegebenen Wortes bei den Deutschen, sowie naturrechtliche Betrachtungen als die entscheidenden Gründe anführte[10]). Dadurch wurde freilich die einseitige Auffassung der Römer von der Vertragslehre theilweise fern gehalten; aber dieselbe verlor nun den sichern Halt in der Beherrschung des schwer zu bestimmenden Stoffs, und führte zu einer, durch die allgemeine Zulassung des Schiedseides begünstigten Rechtsunsicherheit, gegen welche einzelne particularrechtliche Vorschriften und der praktische Geschäftstakt mit wechselndem Erfolge ankämpften. Vom Standpunkte des gemeinen Rechts läßt sich diesem Uebelstande dadurch entgegenwirken,

1) daß nur dann ein gültiger Vertrag angenommen wird, wenn derselbe einen bestimmt erkennbaren rechtlichen Inhalt hat. Daß dieser nothwendig auf ein Geldinteresse muß zurückgeführt werden können, läßt sich nach deutscher Rechtsanschauung nicht unbedingt behaupten; aber nicht jede formell gültige Beredung ist doch als bindender Vertrag anzusehen. Auf keinen Fall kann das, was den guten Sitten oder den Präceptiv-

---

7) c. 10. C. de contrah. et comm. stipulatione.

8) Glosa ad L. juris gentium 7. D. de pactis, und zu verschiedenen Stellen des T. D. de V. O. — Bartolus ad Leg. cit. — J. Mynsinger a Frundeck, responsa jur. dec. X. resp. 50.

9) cap. 1. 3. X. de pactis. — U. Zasius ad L. 18. D. de jurisdict. Nr. 18.

10) D. Mevius, decis. P. V. dec. 407. — J. H. de Berger, oecon. jur. lib. III. tit. 1. th. 11. — J. Schilter, praxis jur. rom. I. ex. 8. §. 2 sqq. — S. Stryk, usus mod. pand. lib. II. tit. 14. §. 12. — J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. tom. II. exerc. 31. cap. 1. §. 13.

gesetzen widerspricht, zum Gegenstande einer gültigen Verabredung gemacht werden.

2) Daß unter Berücksichtigung der im Geschäftsleben noch vorhandenen Vertragsformen in jedem einzelnen Fall, wo ein formloser Vertrag für rechtsgültig und bindend erklärt werden soll, mit größter Vorsicht alle Umstände erwogen werden, um die Ueberzeugung von der ernstlichen Absicht der Contrahenten und dem zu Stande gekommenen Consensus zu gewinnen[10]).

§. 108.

Der Vertrag (Fortsetzung).

Wenn auch die allgemeinen Erfordernisse eines gültigen Vertrags in der angegebenen Weise näher bestimmt werden, so bleiben doch auch für die Feststellung dieser Lehre im Allgemeinen noch einige Punkte zur genaueren Erörterung übrig.

I. Die Frage, ob noch jetzt Verbal- und Literalcontracte bestehen, kann freilich, da sie nur für das Wechselgeschäft und etwa für die Beweiskraft der Schuldscheine und Quittungen von Interesse ist, hier übergangen werden; dagegen ist die Bedeutung der Realcontracte für das heutige Rechtssystem zu bestimmen[1]). Insofern nun die beschränkte Geltung derselben nur in dem Formalismus der römischen Vertragslehre ihren Grund hatte, und die Verabredung bei ihnen auf Leistung und Gegenleistung gerichtet ist, so muß für dieselben jetzt die Natur des Consensualvertrags unbedingt in Anspruch genommen werden, so daß es der begonnenen Leistung zur Perfection nicht bedarf, und für denjenigen, der geleistet hat, nur eine Klage auf Erfüllung, nicht aber das Reurecht begründet ist. Bei dem Tauschvertrage stellt sich dies Rechtsverhältniß am Deutlichsten heraus[2]). — Anders liegt dagegen die Sache für diejenigen Realcontracte, bei welchen der eigentliche Inhalt des Vertrags eine Verpflichtung auf Rückgabe ist, welche, bevor die Sache gegeben ist, nicht wohl gedacht werden kann. Nun ließe sich

---

[11]) J. Möser, patriotische Phantasien II. Nr. 24. — Hasse, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft I. 1. S. 24—35. — Derselbe, rhein. Museum für Jurisprudenz II. 2. S. 197 ff. — Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 1. S. 30—56.

[1]) Vgl. im Allgemeinen L. von der Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandekten-Rechte (Erlangen 1840.) S. 291—300. — Demelius, Jahrbücher für die Dogmatik III. Nr. 5. — Unger, ebendas. VIII. Nr. 1. — Seuffert XXII. S. 186. Note 1. und über das zinsbare Darlehen unten §. 114.

[2]) L. 1. §. 2. D. de rerum permutat. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 363—75. — Oesterr. Gesetzbuch §. 1045—52.

zwar mit Berücksichtigung der Stellen des römischen Rechts, welche über eine Verbindung der stipulatio mit der numeratio handeln[3]), und nach Analogie des Miethsvertrags für das zinsbare Darlehen wohl die Ansicht rechtfertigen, daß das contractliche Verhältniß als ein zweiseitiger Consensualvertrag betrachtet werden könne. Aber abgesehen von andern Gründen steht schon der Umstand einer solchen Auffassung entgegen, daß das Darlehen als Realcontract recipirt ist und auch im modernen Geschäftsleben als ein solcher behandelt wird; es würde also willkührlich sein, dasselbe von den anderen verwandten Geschäften auszuscheiden. Mit dieser Ansicht läßt es sich aber, wie sogleich gezeigt werden soll, recht wohl vereinigen, daß derjenige, dem eine Sache, damit er sie später zurückgebe, versprochen ist, aus dem Vertrage eine Klage auf Erfüllung hat und also die Abschließung des Realcontracts oder die Leistung des Interesse erzwingen kann.

II. So lange der Einzelwille der Betheiligten sich noch nicht zum Consensus vereinigt hat, liegt auch noch kein Vertrag vor, und blos vorläufige Beredungen (Tractaten), bei denen die Feststellung des Gegenstandes oder die definitive Zustimmung fehlen, sind daher ohne rechtliche Bedeutung. Es kann jedoch geschehen, daß die Contrahenten sich geeinigt haben, über einen bestimmten Gegenstand ein bestimmtes Rechtsgeschäft abzuschließen, daß sie aber das Hauptgeschäft selbst noch nicht abgeschlossen, sondern nur dahin sich verständigt haben, es künftig einzugehen. Dann liegt eine **Vertragsverabredung** (pactum de contrahendo, präparatorischer Vertrag) vor, der aber, um gültig zu sein, nicht nur keinen Zweifel über die ernstliche Willensbestimmung der Contrahenten übrig lassen darf, sondern auch seinem Gegenstande nach, also in Beziehung auf das Hauptgeschäft und dessen Inhalt klar und bestimmt sein muß[4]). Die allgemeine Regel, daß ein Vertrag, um bin-

---

3) L. 1. §. 1. L. 7. D. de novat. — L. 126. §. 2. D. de V. O.

4) **Oesterr. Gesetzb.** §. 936. „Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschließung, als die wesentlichen Stücke des Vertrags bestimmt, und die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, daß dadurch der ausdrücklich bestimmte, oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt, oder das Zutrauen des einen oder anderen Theiles verloren wird. Ueberhaupt muß auf die Vollziehung solcher Zusagen längstens in einem Jahre nach dem bedungenen Zeitpunkte gedrungen werden; widrigen Falls ist das Recht erloschen.“ Die alte Clausel: Rebus sic stantibus, die auf dies Verhältniß übergetragen worden, läßt sich nach gemeinem Recht freilich so wenig wie die beschränkte Dauer des erworbenen Anspruchs rechtfertigen; doch wird man annäherungsweise durch eine Analyse des Consenses ein ähnliches Resultat erreichen können. — Die Bezeichnung **Vertragsverabredung** habe ich statt der früher von mir gebrauchten **Vertragsberedung** gewählt, um das Bindende der Uebereinkunft bestimmter aus-

bend zu sein, einen bestimmten rechtlichen Inhalt haben muß, hat dann auch in diesem Fall namentlich die Bedeutung, daß das Hauptgeschäft den Contrahenten ein rechtliches Interesse gewähren muß, und daß nur derjenige, welcher ein solches darzuthun vermag, befugt ist, auf die Vollziehung desselben zu dringen. Die Vertragsverabredung bei dem zinsbaren Darlehen (pactum de mutuando) kann beiden Theilen ein solches Interesse gewähren; anders bei den anderen Realcontracten, und auch bei der Vereinbarung über einen Erbeinsetzungsvertrag wird man wohl dem künftigen Vertragserben, nicht aber dem Erblasser eine Klage auf Vollziehung geben. Die Möglichkeit einer solchen bindenden Vertragsverabredung ist jetzt aber um so weniger zu bezweifeln, da eine versprochene Leistung nicht mehr behufs der Vollstreckung in ein bestimmtes Geldinteresse aufgelöst zu werden braucht[5]).

III. Der Grundsatz des römischen Rechts, daß eine Obligation nur für die als Gläubiger und Schuldner unmittelbar betheiligten Personen rechtliche Wirkung habe (s. oben §. 106.), machte sich auch für diejenigen Verträge geltend, welche zu Gunsten eines Dritten geschlossen wurden; nur das eigene Interesse des Contrahenten, welches aber auch durch eine Strafberedung geschaffen werden konnte, gab ihm eine Klage auf Erfüllung, während der Dritte nur ausnahmsweise eine actio utilis hatte[6]). Die Glosse und ihre Nachfolger hielten mit wenigen Ausnahmen an diesem Grundsatze fest[7]), aber seit dem 16. Jahrhundert machte sich in der deutschen Jurisprudenz immer entschiedener die Ansicht geltend, daß das heutige Recht einer solchen Beschränkung nicht unterworfen sei, indem sowohl die milderen Ansichten der Canonisten als auch die für die Vertragslehre besonders einflußreichen naturrechtlichen Deductionen und die Berufung auf entgegenstehende einheimische Gewohnheiten diese Entwickelung bestimmten. Seit der Mitte des 17. Jahrhunderts war diese

---

zudrücken. Auch Vertragsvereinbarung empfiehlt sich, weniger der von Anderen gebrauchte Ausdruck: Vorvertrag.

5) Vgl. im Allgemeinen Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 1. S. 56—71. — F. Regelsberger, civilrechtliche Erörterungen 1. Heft. Weimar 1868. — H. Degenkolb, der Begriff des Vorvertrages. Freiburg i. B. 1874. 4. und dazu die Anzeige von Göppert, kritische Vierteljahrsschrift XIV. S. 400 ff. — R. O. H. G. VIII. Nr. 87. IX. Nr. 14.

6) c. 3. C. de donat. sub modo. Vgl. Windscheid, Pandektenrecht II. §. 316.

7) Zu diesen Ausnahmen gehörten der Glossator Martinus und Franz Hotman; in Spanien hatte schon ein Gesetz vom Jahre 1348 sich gegen die Geltung des römischen Rechts in dieser Lehre ausgesprochen. Vgl. überhaupt die dogmengeschichtliche Darstellung bei Buchka, die Lehre von der Stellvertretung S. 121—87.

Ansicht die herrschende und trat auch in der Praxis entschieden hervor; ja diejenigen Juristen, welche mit besonderer Rücksicht auf die allgemeine Reception des römischen Rechts davon abwichen, ließen doch so viele Ausnahmen zu, daß sie mittelbar fast zu einer Anerkennung des Princips gelangten [8]). Später trat vom Standpunkte des Romanismus gegen diese Rechtsentwickelung eine Reaction ein, aber sie vermochte nicht die vorher begründete Gewohnheit, wenn sie dieselbe auch vielfach erschüttern konnte, zu beseitigen. Auch jetzt ist die Praxis entschieden dafür, den Vertrag zu Gunsten eines Dritten als rechtsbeständig anzuerkennen [9]).

Prüft man nun kritisch die innere Begründung dieser Lehre, so ist im Allgemeinen einzuräumen, daß in den Quellen des älteren deutschen Rechts ein allgemeines Princip, welches der römischen Auffassung direct entgegenstand, nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, wenn es auch in einzelnen Fällen einen Vertrag zu Gunsten dritter Personen unbedenklich zuließ [10]). Aber wie schon oben dargethan worden, ist überhaupt

---

[8]) Sehr bezeichnend ist in dieser Beziehung eine Aeußerung von B. Carpzov, jurispr. for. P. II. const. 29. def. 20. Nr. 18. 19. Obgleich derselbe nämlich principiell für die römische Auffassung ist, so kommt er doch bei der Aufzählung der allgemein anerkannten Ausnahmen zu dem Bekenntniß: Multis itaque casibus ex paciscentium conventione alteri obligatio acquiritur, ut non male forsan quis arbitrari possit cum Martino — —, semper ex alterius pacto dari utilem actionem.

[9]) Außer den von Buchka a. a. O. S. 160. Note 17. und sonst angeführten neueren Juristen sind noch zu nennen: Curtius, Handbuch des Sächs. Civilrechts III. §. 1281. — Hänsel, die Lehre von dem Auszug (Leipzig 1834.) §. 4. Note 5. — Runde, Zeitschrift für deutsches Recht VII. S. 18. 19. (wo auch auf die Volksansicht Rücksicht genommen wird). — Pfeiffer, Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 474 ff. — Brinz, kritische Blätter II. 35—36. — Busch, Doctrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter. Heidelb. 1860. (Beilageheft zum Archiv für civ. Praxis Band 43.) — Förster, Theorie und Praxis des preuß. Privatrechts I. §. 75. — J. Unger, die Verträge zu Gunsten Dritter. Jena 1869. (aus den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. X.) — Gareis, die Verträge zu Gunsten Dritter. Würzburg 1873. Unter den Gerichtshöfen, welche mit dieser Auffassung übereinstimmen, ist besonders das Oberappellationsgericht zu Kassel hervorzuheben, bei welchem hierüber eine constante Praxis bestand; s. Pfeiffer, pract. Ausführungen IV. S. 152. — Strippelmann, neue Sammlung V. Nr. 1. Doch verlangt dasselbe ein eigenes Interesse des Promissars (s. dagegen Busch a. a. O. S. 40—46.), während Urtheile aus München, Dresden, Berlin (Obertribunal und O. A. Gericht), Stuttgart, Darmstadt, Wolfenbüttel u. s. w. ein Recht des Dritten ohne diese Voraussetzung anerkennen; s. Seuffert III. Nr. 33. 74. 90. 312. VI. Nr. 21. VII. Nr. 273. VIII. Nr. 29. 64. X. Nr. 152. XI. Nr. 133. XII. Nr. 142. XIII. Nr. 131. XIV. 131. XVI. Nr. 38. 182. XXI. Nr. 41. 224. XXIII. Nr. 219. XXXIII. Nr. 146. (R. O. H. G.) — R. G. VII. Nr. 41. Vgl. Busch a. a. O. S. 71—138. Dem römischen Rechte folgt das Erk. des O. A. Gerichts zu Celle bei Seuffert XVIII. Nr. 128.

[10]) Vgl. Brunner in Goldschmidt's Zeitschrift XXII. S. 90 ff.

die Grundanschauung der Römer, daß die Obligation an die Person der Contrahenten gebunden sei, in unser Recht nicht übergegangen, und so gut wie man im Mandatsverhältniß den Vollmachtgeber unmittelbar durch den Bevollmächtigten berechtigen und verpflichten läßt, kann auch sonst noch, ohne daß ein entgegenstehendes Princip verletzt würde, einer dritten Person ein Recht aus einem Vertrage erworben werden. Die entscheidende Frage ist, in welcher Weise sich dieses Verhältniß in dem positiven gemeinen Rechte ausgebildet hat, und darauf giebt die Dogmengeschichte, wie sie oben übersichtlich dargestellt worden ist, die Antwort. Die einzelnen Fälle, in denen der Vertrag zu Gunsten eines Dritten besonders häufig und deutlich hervortritt, wie bei dem Erbvertrage, der Gutsabtretung, der Ehestiftung, der Lebensversicherung, den Staatsverträgen, sind daher nicht als Ausnahmen von der Regel, sondern als Beispiele ihrer Anwendung zu betrachten[11]). — Doch bedarf die Lehre im Einzelnen noch einer genaueren Erörterung, welche die aus dem angenommenen Princip hervorgehenden Folgerungen darlegt.

a. Der Vertrag gilt auch dann, wenn er nicht dem Contrahenten, sondern nur dem Dritten ein rechtliches Interesse gewährt; doch muß es eine bestimmt bezeichnete Person sein, zu deren Gunsten contrahirt wird, wenn dieselbe auch zur Zeit des Vertrages noch nicht unter den Lebenden zu sein braucht. Dahin gehört z. B. die Vereinbarung zu Gunsten künftiger Kinder in einer Ehestiftung[12]).

b. Derjenige, welcher zu Gunsten des Dritten den Vertrag abgeschlossen hat, kann die Erfüllung fordern, was bei den Grundsätzen des heutigen Rechts über die Vollstreckung der auf ein Handeln gerichteten Obligation kein processualisches Hinderniß findet.

c. Was die Stellung des Dritten bei einem solchen Vertrage betrifft, so wird auch ihm ein selbständiges Recht aus demselben erworben;

---

[11]) Eichhorn, Einleitung §. 343. Nr. IV. will Verträge zu Gunsten eines Dritten nur ausnahmsweise gelten lassen; Buchka a. a. O. S. 196 ff. allein bei dem Erbeinsetzungsvertrage, weil durch denselben keine Obligation, sondern ein Erbrecht begründet werde; ihm ist in dieser Beziehung die Obligation noch von der Person der Contrahenten untrennbar, während er bei der Stellvertretung des Bevollmächtigten sich durch eine Fiction zu helfen sucht, s. oben §. 106. Note 3.

[12]) Ein Vorbild solcher Vereinbarungen ist der Investiturvertrag im Lehenrecht. Das von Buchka a. a. O. S. 191. 199 gegen die Zulässigkeit derselben angeführte Beispiel von Verabredungen zum Vortheile der Gutsangehörigen beweist nichts; denn selbst wenn man darin eine Absurdität finden sollte (was übrigens gar nicht so unbedingt zuzugeben ist), so kommt in Betracht, daß die Möglichkeit einer solchen auf dem der Privatwillkühr überlassenen Rechtsgebiete überhaupt nicht zu vermeiden ist, und sich im einzelnen Fall immer noch Mittel der Abhülfe gefunden haben.

er muß aber die fremde Willensbestimmung, die ihm zu Gute kommen soll, sich erst aneignen, und zu diesem Behuf bedarf es seiner Erklärung, daß er den ihm zugedachten Vortheil annehme, was in der Regel sich als Beitritt zu dem abgeschlossenen Geschäfte darstellen wird. Bevor aber diese Erklärung von Seiten des Dritten abgegeben ist, besteht der Vertrag nur unter den ersten Paciscenten, und diese können von demselben noch mit gegenseitiger Uebereinstimmung zurücktreten, ohne ein erworbenes Recht des Dritten zu verletzen. Der einseitige Rücktritt ist aber wegen der allgemeinen Natur des Vertrages nicht gestattet; ist daher der Wille des Stipulators dem Widerruf entzogen und unwandelbar geworden, so ist auch dem Dritten sein Recht aus dem Vertrage gesichert. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn der Stipulator stirbt; denn sein Remissionsrecht ist kein solches, welches als Bestandtheil des Vermögens auf die Erben übergeht[13]). — Von dieser Auffassung kommen zwei Abweichungen nach verschiedenen Seiten vor. Nach der einen Ansicht soll der Vertrag dem Dritten sofort und ohne Rücksicht auf seine Erklärung ein wohlerworbenes Recht geben, so daß den Contrahenten der Widerruf von Anfang an nicht mehr frei bleibt[14]); nach der andern

---

[13]) Vgl. Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 1. S. 81—83. Die richtige Ansicht ist im Wesentlichen schon von Hugo Grotius (de jure belli et pacis lib. II. cap. 11. §. 18.) aufgestellt, s. Buchka a. a. O. S. 163 ff. Auch das französische Gesetzbuch hat sie im Princip anerkannt: Code civ. Art. 1121. On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation, ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter. Vgl. Seuffert III. Nr. 74. VIII. Nr. 29. 64. XIV. Nr. 131. XVI. Nr. 38. 182. — Busch a. a. O. S. 138. — Sächs. Gesetzbuch §. 853. „Aus einem Vertrage, durch welchen Jemand dem Andern eine Leistung an einen Dritten verspricht, in der Absicht, dem Andern und dem Dritten verpflichtet zu sein, erwirbt sowohl Derjenige, welchem das Versprechen gegeben wurde, als auch der Dritte ein Recht auf die Erfüllung gegen den Versprechenden. §. 854. Der Dritte und, sofern es sich um eine rein persönliche Leistung handelt, dessen Rechtsnachfolger, erwerben ein von dem Willen Desjenigen, welcher sich die Leistung hat versprechen lassen, unabhängiges selbständiges Recht aus dem Vertrage von der Zeit an, wo sie dem Vertrage beitreten oder die zu Gunsten des Dritten gereichende Leistung annehmen. §. 855. Bis zu der Zeit, wo der Dritte oder dessen Rechtsnachfolger ein selbständiges Recht aus dem Vertrage erlangt haben, kann Derjenige, welchem die Leistung an den Dritten versprochen wurde, den Anderen von der übernommenen Verbindlichkeit befreien. §. 856. Einen Verzicht des Dritten oder seiner Rechtsnachfolger auf die versprochene Leistung muß Derjenige, welchem zu Gunsten des Dritten Etwas versprochen ist, gegen sich gelten lassen."

[14]) Diese Ansicht findet sich bei J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. II. ex. 28. cap. 1. §. 6. Vgl. Buchka a. a. O. S. 169 ff. Desgleichen bei Busch a. a. O. (s. die folgende Note) und auch bei Unger a. a. O. S. 56 ff., indem er

bedarf es noch einer besonderen, außer dem ursprünglichen Vertrage liegenden Bewilligung der Contrahenten, damit der Dritte demselben mit Erfolg beitreten kann[15]). Allein während im ersten Fall die Privat=

über die „verkünstelte Beitritts= oder Aneignungstheorie" S. 79. einfach auf Busch verweist. Unger hat sich hier die analoge Ausdehnung römischer Singularitäten erlaubt, um die Autonomie deutscher Rechtsanschauung zu brechen, ähnlich wie er die deutsche corporative Genossenschaft schon früher aus dem römischen Rechte hat deduciren wollen, so oben §. 67. Note 1. Auch v. Kübel, (Württemb. Archiv für Recht und Rechtsverwaltung XIX. S. 59—89.) giebt dem Dritten sofort ein Recht aus dem Vertrage, indem er Siegel's Ansicht über das Versprechen als Verpflichtungsgrund in diesem Sinne verwerthet. — Eine vermittelnde Ansicht vertritt Gareis in der angeführten Schrift. Er unterscheidet 1) den eigentlichen Vertrag zu Gunsten eines Dritten, durch welchen dieser unmittelbar berechtigt wird; 2) den uneigentlichen Vertrag zu Gunsten eines Dritten oder die Collectiv=offerte, wenn die Contrahenten sich vertragsmäßig verpflichten, dem Dritten, zu dessen Vortheil sie contrahiren, den Beitritt zum Geschäfte zu gewähren. Für Ersteres soll die Regel sprechen, allein es fragt sich eben, ob diese und also der s. g. eigentliche Vertrag zu Gunsten Dritter begründet ist. Die Bejahung dieser Frage ist einfach eine petitio principii.

15) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 5. §. 74. „Auch die Vortheile eines Dritten können der Gegenstand eines Vertrages sein. §. 75. Der Dritte selbst aber erlangt aus einem solchen Vertrage, an dessen Schließung er weder mittelbar noch unmittelbar Theil genommen hat, erst alsdann ein Recht, wenn er demselben mit Bewilligung der Hauptparteien beigetreten ist. §. 76. Bis dieser Beitritt erfolgt, kann der zu seinem Vortheile geschlossene Vertrag nach dem Einverständniß der Contrahenten geändert, oder gar aufgehoben werden. §. 77. Ist aber dem Dritten der Antrag zum Beitritt einmal geschehen, so müssen die Contrahenten seine Erklärung über die Annahme abwarten." — Das Verhältniß der Bestimmungen in §. 75. und 76. ist nicht ganz klar und auch Gegenstand einer Controverse geworden. Die oben im Text gegebene Erklärung ist die gewöhnliche, s. Bornemann, syst. Darstellung II. S. 231—33. — Koch, Lehrbuch des Preuß. gemeinen Privatrechts II. §. 570. Doch ist zu bemerken, daß ein Erkenntniß des Obertribunals (Entscheidungen X. S. 341 ff.) „nach der Natur der Sache" demjenigen Contrahenten, der allein den Vortheil des Dritten bezweckte, die Befugniß einräumt, allein über den Beitritt desselben zu entscheiden. — Die Geschichte dieser ganzen landrechtlichen Vorschrift ist aber nicht ganz aufgeklärt. Die Bestimmung des §. 74. wiederholt sich in allen Entwürfen; in dem ersten ungedruckten Entwurfe hieß es dann aber weiter: „So lange der Dritte dem Vertrage nicht beigetreten ist, hat er selbst daraus noch kein Recht erworben." Diese Fassung änderte Suarez auf die erhobenen Monita dahin: „So lange der Dritte noch nicht erklärt hat, sich des im Vertrage ihm vorbedungenen Vortheils anmaßen zu wollen, hat er daraus noch kein Recht erworben. Bis dahin können also die Contrahenten von dem Vertrage wieder abgehen." Am Rande dieser Stelle findet sich nun die spätere Bemerkung: cessat, und darauf gelangte man zu der jetzigen Fassung. S. Gesetz=Revision. — Pensum XIV. Motive zu dem von der Deputation vorgelegten Entwurf der Titel 3. 4. 5. und 6. des ersten Theils des allgemeinen Landrechts. (Als Manuscript zur Benutzung bei den Berathungen gedruckt.) Berlin, 1830. 4. S 59—61. — (Eine abweichende Darstellung der Verhandlungen giebt Borne=

willkühr der Contrahenten mehr beschränkt und das Recht des Dritten weiter ausgedehnt wird, als die Natur des Vertrages es zuzulassen scheint, wird nach der zweiten Ansicht der ursprüngliche Vertrag nicht blos für den Dritten, sondern auch für denjenigen, der zu seinen Gunsten stipulirt hat, möglicher Weise illusorisch gemacht, da der einseitige Widerspruch des Promittenten die Wirkung desselben verhindern kann, sobald nicht das Interesse des andern Contrahenten das Rechtsverhältniß selbständig trägt und sichert[16]).

§. 109.

Der Vertrag (Fortsetzung). Die Form.

Wenn auch die Formlosigkeit des Vertrages im heutigen gemeinen Rechte als die Regel gilt, so können doch durch Gesetz, Herkommen und Privatwillkühr Ausnahmen von derselben eintreten, welche entweder für einzelne Arten der Geschäfte zur Anwendung kommen oder als allgemein übliche Vertragsformen für die ganze Lehre von Bedeutung sind. Von den letzteren ist hier zu handeln[1]).

I. Die symbolische Eingehung.

Die Anwendung eines Symbols bei Abschließung von Verträgen

---

mann a. a. O. S. 232. Note 2.) Die Regeln des Landrechts, welche sich übrigens in der Praxis als unzureichend erwiesen haben, führen jedenfalls nur dahin, daß die Contrahenten den Beitritt des Dritten zu bewilligen haben, nicht aber, daß das Hauptgeschäft selbst in einen neuen Vertrag umgesetzt werden muß; denn in dem Worte „Beitritt" ist schon ausgedrückt, daß der erste Vertrag an sich bestehen bleibt, und dem Rechtsverhältniß nur eine selbständig berechtigte Person hinzugefügt wird.

[16]) In meiner Lehre von den Erbvertr. II. 1. S. 77. 78. habe ich den Erwerb des Rechts von Seiten des Dritten noch von seinem ausdrücklichen Beitritt zum Vertrage und zwar — bis zum Tode des Promissars — mit Zustimmung der Contrahenten abhängig gemacht; in der ersten Auflage des Systems habe ich aber nur seine annehmende Erklärung verlangt, welche sich allerdings in der Regel als Beitritt zu dem abgeschlossenen Geschäfte darstellen wird, und nur bis zu deren Abgabe den Rücktritt der Contrahenten zugelassen. Wenn daher Busch nicht allein meine Lehre von den Erbvertr., sondern auch §. 120. des Systems berücksichtigt hätte, so würde die a. a. O. S. 34—40. gegen mich gerichtete Polemik wohl unterblieben sein. — Unter einem neuen Gesichtspunkte hat Bähr in den Jahrbüchern für die Dogmatik VI. Nr. 3. den Vertrag zu Gunsten Dritter erörtert. Ihm bleibt der eigentliche Träger des Rechtsverhältnisses der Promissar; von diesem erhält der Dritte nur die Ermächtigung, den ihm stipulirten Anspruch mit einer actio mandata geltend zu machen, so daß sein Beitritt zu dem Geschäfte ganz irrelevant ist, — eine Auffassung, welche der Ausbildung der Lehre im deutschen Gewohnheitsrechte nicht entspricht, und auch das praktische Bedürfniß namentlich bei den nicht obligatorischen Verträgen nicht befriedigt.

[1]) Vgl. oben §. 49. — Beseler, Lehre von den Erbvertr. II. 1. S. 39 ff.

war im älteren Recht bald eine unwesentliche Förmlichkeit, nur dazu bestimmt, den Consensus der Betheiligten deutlicher herauszustellen, bald ein wesentliches Erforderniß für die Gültigkeit des Geschäftes. Auch im heutigen Volksleben kommen in einigen Gegenden noch Spuren der letzteren Auffassung vor, z. B. bei der Dienstmiethe, und sind dann auch in ihrer rechtlichen Bedeutung zu würdigen; gewöhnlich aber beschränkt sich die Wirksamkeit des Symbols darauf, als ein Bestärkungsmittel des Vertrages zu dienen. Unter diesem Gesichtspunkte ist namentlich die Arrha oder Daraufgabe zu betrachten[2]). Sie kommt unter verschiedenen Formen und Benennungen als Weinkauf, Leitkauf, Haftpfennig, Gottespfennig u. s. w. vor, und hat bald ihren ursprünglichen Charakter bewahrt[3]), bald aber die Natur der römischen arrha poenitentialis angenommen[4]). Ersteres ist als die Regel anzusehen; doch hängt es von den Vorschriften der Particularrechte und der Absicht der Parteien ab, ob und unter welchen Umständen die Arrha als Reugeld dienen soll

---

[2]) Das ältere Recht hatte noch andere Bestärkungsmittel, unter denen insbesondere das Gelübde bei Ehren und Treuen und die Verpflichtung zum Einlager (obstagium) zu nennen sind. Ersteres hatte nicht blos wie das heutige Ehrenwort eine sittlich-sociale Bedeutung, s. Lehre von den Erbvertr. a. a. O. S. 43. 44., und das Einlager, die Verbindlichkeit, sich im Falle der Nichterfüllung an einem bestimmten Orte zur Haft zu stellen, stand ebenfalls auf der Ehre des Verpflichteten. Sächs. Landr. B. II. Art. 11. Jetzt ist dasselbe nicht mehr gebräuchlich. Vgl. Paulsen, Lehrbuch §. 121–24. — Mittermaier, Grundsätze II. §. 279. — E. Friedländer, das Einlager. Münster 1868. Eben so ist die früher so gewöhnliche Bestärkung der Verträge durch den Eid im modernen Geschäftsleben fast ganz zurückgetreten, in manchen Particularrechten aber ausdrücklich verboten.

[3]) Rev. Lüb. Recht B. III. Tit. 6. Art. 6. „Wann einer auf gethanen Kauff, Pact, Miethe oder Dienst den Gottes-Pfennig oder Arrham giebt, so ist solches alles kräfftig: Es wäre dann, daß alsofort und eher sie sich scheiden, in continenti die Arrha wiederum zurückgegeben oder gefordert würde. — Hamb. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 10. „Ein kauff und verkauff kan in dieser guten Stadt auch wohl ohne Gottespfpening bestendiglich getroffen werden. Wann aber derselbige ergangen, ist der kauff dadurch desto mehr bekrefftiget." — Münchener Stadtrecht Art. 152. „Swer ain haus, ain stadel, ain garten oder swelherlay aigen dingt oder bestet, und leitchauf (al. leichauf) daran geit, der sol daz die gedingten zeit haben und niezzen."

[4]) Württemb. Landr. Th. II. Tit. 9. §. 20. „Doch wa ein Arrha oder Hafftpfenning auff den Kauff gegeben oder Weinkauff getruncken worden, soll der Käuffer, so er abtreten will, den Hafftpfenning verloren haben, wie auch den gantzen Weinkauff allein bezahlen. So aber der Verkäuffer begehrte vom Kauff abzustehen, soll er dem Käuffer, neben Bezahlung des Weinkauffs, den Hafftpfenning doppelt wieder hinauß zu geben und zu erstatten schuldig seyn." Vgl. Reyscher, Württemb. Privatrecht II. §. 413—14. und überhaupt v. Jagemann, die Daraufgabe (arrha). Berlin 1873.

oder wenigstens als Angeld auf die vertragsmäßige Leistung selbst in Abrechnung zu bringen ist [5]).

II. Die Gerichtlichkeit.

Es ist schon oben (§. 107. Note 6.) bemerkt worden, daß die gerichtliche Abschließung der Verträge nach älterem Rechte zunächst des Beweises wegen geschah, so daß die Rechtsbeständigkeit des Geschäftes an sich nicht dadurch bedingt wurde. In diesem Sinne hat man auch in späterer Zeit die Gerichtlichleit beibehalten, und sie neben anderen Vertragsformen für die verschiedenartigsten Rechtsverhältnisse zur Anwendung gebracht. Allmählich wurde aber die ursprüngliche Bedeutung der ganzen Einrichtung dadurch wesentlich verändert, daß man für manche Fälle noch besondere Zwecke zu erreichen suchte, indem das Gericht aus seiner mehr passiven Haltung gebracht und zur thätigen Theilnahme an den Verhandlungen veranlaßt wurde. Seit dem sechszehnten Jahrhundert sind nämlich zahlreiche Landesgesetze erschienen, welche für gewisse Geschäfte namentlich unter dem Landvolke die gerichtliche Abschließung als eine nothwendige Form vorschrieben, und dem zuständigen Gerichte zugleich im Interesse der Betheiligten die Verpflichtung einer Voruntersuchung auflegten, welche die formelle und materielle Rechtsbeständigkeit des Vertrages zum Gegenstande hatte, und wenn sie befriedigend ausfiel, zur Confirmation desselben führte. Der thatsächliche Einfluß des Richters, der sich auch früher wird geltend gemacht haben, wurde also in Verbindung mit der nothwendigen Form der Gerichtlichkeit zu einer Art Bevormundung ausgebildet, welche der ganzen Einrichtung eine von der früheren verschiedene Bedeutung gab. Hierzu kam aber noch der wichtige

---

5) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 5. §. 205. „Draufgabe (Arrha) ist das, was als Zeichen des geschlossenen Vertrages entrichtet wird. §. 206. Was auf Abrechnung der übernommenen Verbindlichkeit vorausgegeben worden, wird Angeld genannt. §. 207. Wo die Gesetze oder der Vertrag nicht ausdrücklich ein Anderes bestimmen, ist die Draufgabe zugleich als Angeld anzusehen. §. 208. Ist aber die Draufgabe von anderer Art als dasjenige, was der Gebende vermöge des Contracts zu leisten hat, so hat dieselbe nicht die Eigenschaft eines Angeldes. §. 212. Ist das Gegentheil (von der arrha confirmatoria) und daß gegen Verlust oder Ersatz der Draufgabe der Rücktritt von dem Vertrage statt finden solle, ausdrücklich verabredet, so vertritt die Draufgabe die Stelle einer Wandelpön." — Baier. Landr. Th. IV. Cap. 1. §. 11. — Oesterr. Gesetzb. §. 908—9. — Sächs. Gesetzb. §. 893—98. — Die Vorschriften des römischen Rechts, welche sich besonders auf den Kauf beziehen, sind mit großer Vorsicht in dieser Lehre, wo so Vieles auf Sitte und Herkommen beruht, anzuwenden; das hat schon U. Zasius (singul. responsa II. cap. 24.) erkannt. Doch galt auch bei den Römern die arrha regeemäßig als eine confirmatoria, s. L. 35. pr. D. de contrah. emt.; daß sie aber nach Vollziehung des Vertrags zurückgegeben werden muß (L. 11. §. 6. D. de act. emt. vend.), wird bei uns nicht leicht vorkommen.

Umstand, daß in manchen Particularrechten die gerichtliche Auflassung mit der Gerichtlichkeit des Veräußerungsgeschäftes verwechselt oder doch in Verbindung gebracht wurde, und so die Bedeutung dieser letzteren Form über die blos obligatorische Wirkung hinausging.

Dieser letzte Punkt ist schon in der Lehre von der Auflassung genauer entwickelt worden[6]); aber auch wenn man von demselben absieht, bietet die Gerichtlichkeit der Verträge der gemeinrechtlichen Erörterung erhebliche Schwierigkeiten dar. Denn die Particulargesetze, in denen diese Form ausgebildet ist, weichen in ihren Zwecken und Mitteln vielfach von einander ab und entbehren oft der Klarheit und Bestimmtheit, welche die Jurisprudenz nicht immer zu ersetzen vermocht hat. Jedenfalls muß man sich hüten, aus einzelnen particularen Rechtsbildungen gemeinrechtliche Regeln für die allgemeine Beurtheilung des vielgestaltigen Institutes zu entnehmen.

a. Die Sitte, wichtige Geschäfte in Folge freier Uebereinkunft vor Gericht abzuschließen, ist auch jetzt noch weit verbreitet. Sie ist im Allgemeinen wie die vereinbarte Schriftlichkeit zu beurtheilen, wovon unten.

b. Neuere Gesetze haben ganz neue Systeme über die Gerichtlichkeit der Verträge aufgestellt, welche, von der älteren Doctrin abgelöst, ihre selbständige Beurtheilung finden müssen, für die Entwickelung des gemeinen Rechts aber fast gar keinen Anhalt gewähren[7]).

---

[6]) S. oben §. 88. Note 15—19. — §. 102. Note 5—9.

[7]) So unterscheidet die Preuß. Allg. Gerichtsordnung Th. II. Tit. 1. Handlungen, welche nothwendig gerichtlich, und zwar vor dem Richter der belegenen Sache (§. 3.), oder vor bestimmten andern Gerichten (§. 4—7.) vollzogen werden müssen; ferner Handlungen, die überhaupt nur einer gerichtlichen Vollziehung bedürfen (§. 9.), und solche, die entweder gerichtlich oder vor einem Notar vorzunehmen sind. (§. 10.) Allgemeine Vorschriften über eine gerichtliche Voruntersuchung kommen gar nicht vor, und über die Bedeutung der Form heißt es a. a. O. §. 11. „Inwiefern in allen diesen Fällen (§. 3—10.) die Unterlassung der gerichtlichen oder von einem Notario beglaubigten Vollziehung die Handlung selbst nichtig und unkräftig mache; oder nur eine Verbindlichkeit der Parteien, das Verabsäumte nachzuholen, entstehe, ist in Ansehung eines jeden Geschäftes in den Gesetzen besonders bestimmt. Im zweifelhaften Falle ist keineswegs die gänzliche und absolute Nichtigkeit des Geschäftes, sondern nur eine Verbindlichkeit der Parteien, das Verabsäumte nachzuholen, sobald diese Nachholung noch stattfinden kann, anzunehmen." Vgl. Pr. A. L. R. Th I. Tit. 3. §. 40. 41. (Das Gesetz wegen Aufhebung der Verlautbarung und Bestätigung der Verträge über unbewegliche Güter v. 23. April 1821. hat später statt dieser Form die Beglaubigung der Unterschriften bei schriftlichen Verträgen für genügend erklärt.) — Hannov. Gesetz v. 16. Dec. 1843. §. 3. „Verträge, durch welche volles oder beschränktes Eigenthum, oder Erbpachtrechte an Grundstücken zugesichert, ertheilt, übertragen oder aufgegeben werden sollen, bedürfen — — zu ihrer formellen Gültigkeit einer öffentlichen Urkunde, d. h. sie müssen vor Gericht oder vor Notar und Zeugen errichtet oder anerkannt sein."

c. Ist die Gerichtlichkeit eines Vertrages als nothwendig vorgeschrieben, ohne daß besondere Bestimmungen über die Competenz und die Voruntersuchung getroffen sind, so ist in der Regel anzunehmen, daß vor jedem Gericht mit freiwilliger Gerichtsbarkeit das Geschäft gültig abgeschlossen werden kann. Denn ebensowenig wie bestimmte Formen sind auch besondere Erschwerungen derselben zu vermuthen. Wenn jedoch eine Voruntersuchung für nothwendig erklärt ist, so weist das auf die ausschließliche Zuständigkeit bestimmter Gerichte hin, z. B. der belegenen Sache bei Verträgen über bäuerliche Grundstücke, des Wohnortes bei Ehestiftungen und Einkindschaften.

d. Manche Gesetze schreiben die Gerichtlichkeit nur des Beweises wegen vor, so daß eine Voruntersuchung nicht erforderlich ist. Doch bezeichnen auch sie wohl gewisse Gerichte als ausschließlich competent und verlangen eine Confirmation, welche dann nur die Bedeutung eines Zeugnisses über den Abschluß des Vertrages hat, wobei jedoch wieder der Unterschied vorkommt, daß der Vertrag entweder nur bei dem Gericht zur Bestätigung angemeldet zu werden braucht, oder vor dem Gerichte selbst abgeschlossen werden muß[8]).

e. Zuweilen wird die Voruntersuchung des zuständigen Gerichts und die Bestätigung des Vertrages durch ausdrückliches Decret verlangt, damit das Interesse der Betheiligten vollständig gewahrt werde. Dieser Gesichtspunkt ist z. B. bei der Form der Einkindschaft maaßgebend gewesen und findet sich auch in manchen Gesetzen, welche die Gerichtlichkeit für gewisse Verträge der niederen Classen und besonders der Bauern vorgeschrieben haben[9]), sowie in den Fällen, wo die gerichtliche Confirmation an die Stelle der Auflassung getreten ist. In welchem Umfange die Voruntersuchung statt finden muß, richtet sich nach dem besonderen Zweck derselben; darnach ist auch die Verhaftung der Beamten wegen begangener Versehen zu beurtheilen[10]).

---

[8]) Lüneburg. Polizeiordnung v. 1618. A. Cap. 11. §. 1. „Damit auch Unsre Unterthanen um so viel desto weniger nöthig haben, kostbaren weitläufigen Beweisthum zu führen und darauf ihr Vermögen zu wenden, auch die Zeit darüber zu verlieren, so befehlen Wir" u. s. w. — B. Cap. 23. §. 2. — Hildesheim. Polizeiordnung v. 1665. Art. 24. (s. Grefe, Hannovers Recht II. §. 96.) — Oberpfälz. Landr. Th. I. Tit. 8. S. 212. bei Arnold, Beiträge zum teutschen Privat-Rechte II. S. 508.

[9]) Verordnung für Göttingen und Calenberg v. 4. Apr. 1620. — Polizeiordnung für Bremen und Verden v. 20. Juli 1692. Cap. 3. §. 4. — Lauenburg. Verordnung v. 14. Mai 1692. (s. Grefe a. a. O.) — Ueber Braunschweig s. Steinacker, Privatrecht §. 98., über Churhessen Strippelmann, neue Sammlung V. 24. Mit dieser gerichtlichen Bestätigung bäuerlicher Contracte ist die der Gutsherrschaft in Folge des Obereigenthums nicht zu verwechseln.

[10]) Strube, rechtliche Bedenken V. Nr. 5. 123. — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen III. Nr. 41.

f. In allen Fällen, wo die Abschließung des Vertrages vor Gericht als eine nothwendige Form vorgeschrieben ist, erlangt das Geschäft erst mit der gerichtlichen Verhandlung und beziehungsweise der Bestätigung seine Gültigkeit; dem gänzlichen Mangel der Form steht die Herbeiziehung eines nicht zuständigen Gerichtes gleich.

Selbst die Erfüllung des Vertrags kann die Unterlassung einer wesentlichen Form nach strengem Rechte nicht ersetzen, und die Zurückforderung des Geleisteten ist daher begründet, insoweit die Wiederherstellung des früheren Rechtsverhältnisses möglich und die Nachholung der unterlassenen Form nicht erzwungen werden kann[11]). Unter Umständen muß nämlich auch vor der Erfüllung eine Klage auf Vollziehung der gerichtlichen Form gewährt werden.

1) Die Gerichtlichkeit ist nur des Beweises wegen vorgeschrieben, sei es nun, daß der Vertrag selbst vor dem Gericht abgeschlossen oder demselben zur formellen Bestätigung angemeldet werden muß[12]). In diesem Fall hängt die Gültigkeit des Hauptgeschäftes freilich von der Anwendung der nothwendigen Form ab, durch welche dasselbe erst perfect wird; aber daß es geschehe, steht doch in der Willkühr der Parteien und kann von ihnen zum Gegenstande einer Vertragsverabredung gemacht werden, deren Zulässigkeit unter den allgemeinen Voraussetzungen ihrer Gültigkeit auch in diesem Fall nicht in Abrede zu stellen ist[13]).

2) Die Gerichtlichkeit ist vorgeschrieben, um die Parteien vor unbesonnener Abschließung des Vertrages zu wahren. Dann sind die vorhergehenden Beredungen als bloße Tractaten nicht bindend, auch wenn keine richterliche Voruntersuchung über die Rechtsbeständigkeit oder Zweckmäßigkeit des Geschäftes angeordnet ist[14]).

---

11) Noch weiter gehen aus Billigkeitsrücksichten Strube a. a. O. IV. Nr. 124. — v. Bülow und Hagemann a. a. O. II. Nr. 54. vgl. Grefe a. a. O. Die entgegengesetzte strenge Ansicht galt mit Rücksicht auf das Recht der Auflassung in Churhessen; s. Strippelmann, neue Sammlung V. Nr. 24.

12) Eichhorn, Einleitung §. 95. legt, auch nach dem Inhalte der angeführten Gesetze ein viel zu großes Gewicht auf diesen Unterschied. — Eben weil das Hauptgeschäft erst vor Gericht formell gültig, also perfect wird, entscheidet die gerichtliche Abschließung oder Bestätigung auch über das forum contractus, — anders wie in dem Fall, wo die gewillkührte Gerichtlichkeit zu dem abgeschlossenen Vertrage hinzukommt; s. A. Gaill, observatt. pract. II. obs. 1. nr. 4. — Eichhorn a. a. O. Note f. Abweichende sehr unklare Ansichten finden sich hierüber in dem Jenenser Erkenntnisse bei G. A. Martin, Jahrbücher der Gesetzgebung III. S. 195—96. (Seuffert I. Nr. 154.).

13) v. Bülow und Hagemann a. a. O. IV. Nr. 83.

14) Neuere Gesetze haben die Einwirkung der Vertragsverabredung allgemein beschränkt; s. Strippelmann a. a. O. — Steinacker a. a. O. Note 11.

III. Die Schriftlichkeit.

Bei einzelnen Verträgen, z. B. dem Wechselgeschäft ist die Schrift auch nach gemeinem Recht eine wesentliche Form, indem das Rechtsverhältniß durch sie bedingt wird, gewissermaaßen an der Urkunde hängt. Abgesehen von diesen Fällen, welche eine gültige Vertragsverabredung nicht ausschließen, kommt die schriftliche Form der Verträge nur in Folge particularrechtlicher Bestimmungen oder der Privatwillkühr der Parteien vor. Den ersteren Gesichtspunkt haben neuere Gesetzgebungen in einer umfassenden Weise geltend gemacht, sich aber damit außerhalb des Systems des gemeinen Rechts gestellt, und einen eigenen Formalismus geschaffen[15]). Auch sonst kommen wohl einzelne Vorschriften über die Nothwendigkeit der schriftlichen Abfassung der Verträge vor, aber abgesehen von den Gesetzen über den Gebrauch des Stempelpapiers, ist diese Form weit seltener als die Gerichtlichkeit angeordnet[16]). Wo es geschehen, da sind im Allgemeinen dieselben Regeln, welche über die gerichtliche Abschließung der Verträge gelten, zur Anwendung zu bringen, nur daß hier keine Voruntersuchung stattfinden kann; es ist besonders darauf Rücksicht zu nehmen, ob die Schriftlichkeit blos des Beweises wegen angeordnet ist, oder auch die Bestimmung hat, die Parteien vor der übereilten Abschließung mündlicher Verträge zu bewahren.

Von besonderer Wichtigkeit ist dagegen die gewillkührte Schriftlichkeit, welche im Geschäftsleben so häufig vorkommt. Hierüber sind folgende Regeln zu bemerken.

---

15) Hier ist vor Allem das Preußische Allgemeine Landrecht zu nennen, welches für einzelne Verträge die schriftliche Form unbedingt vorschreibt, für andere sie nicht für nothwendig erklärt, im Allgemeinen aber die Regel aufstellt: Th. I. Tit. 5. §. 131. „Ein jeder Vertrag, dessen Betrag sich über fünfzig Thaler in Silber=Courant beläuft, muß schriftlich errichtet werden. §. 155. Ist in Fällen, wo die Gesetze einen schriftlichen Vertrag erfordern, derselbe blos mündlich geschlossen, und noch von keinem Theile erfüllt worden, so findet daraus keine Klage statt. §. 156. Hat aber ein Contrahent von dem Andern die Erfüllung bereits ganz oder zum Theil angenommen, so ist er verpflichtet, entweder den Vertrag auch von seiner Seite zu erfüllen, oder das Erhaltene zurückzugeben oder zu vergüten." Vgl. Bornemann, Darstellung II. S. 252 ff. — Koch, Lehrbuch II. §. 550 ff. Nur auf die Ausschließung des Zeugenbeweises geht die Vorschrift in dem Code civ. Art. 1341. Il doit être passé acte devant notaires, ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme de valeur de cent cinquante francs, même pour dépôts volontaires; et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. —

16) Z. B. für die Schenkung Oesterr. Gesetzb. §. 943., für Ehestiftungen Hamb. Stadtr. Th. II. Tit. 11. Art. 11. — Churpfälz. rev. Landr. Th. II. Tit. 22. §. 1. Vgl. Beseler, Lehre von den Erbvertr. II. 2. S. 134. — Arnold, Beiträge zum teutschen Privat=Rechte II. S. 600—3.

a. Ist im Allgemeinen die schriftliche Abfassung eines Vertrages verabredet, so genügt, wenn nicht die Solennisirung vor Gericht oder durch einen Notar ausgemacht ist, die Abfassung einer Privaturkunde, welche von den Betheiligten unterschrieben wird[17]).

b. Wenn die Uebereinkunft über die Form nur des Beweises wegen getroffen ist, ohne daß die Rechtsbeständigkeit des Hauptgeschäftes dadurch berührt werden sollte, so tritt das letzere sofort in Wirksamkeit, und die Parteien können aus dem Vertrage auf die Vollziehung der Form klagen. Ist dagegen die Absicht darauf gerichtet gewesen, die Schriftlichkeit als eine wesentliche Form zu betrachten, und von deren Anwendung das Zustandekommen des Hauptgeschäftes abhängig zu machen, so wird dasselbe auch erst mit der schriftlichen Abschließung vollendet. Von diesen beiden Fällen ist nun ohne Zweifel der erstere in der Regel dann anzunehmen, wenn die Beredung über die Form dem Abschluß des Vertrages selbst nachgefolgt ist[18]); liegt ein solches Verhältniß nicht klar vor, so muß die Absicht der Parteien über die Bedeutung der Schrift nach den allgemeinen Regeln über die Auslegung der Verträge und nöthigenfalls durch eine Beweisauflage festgestellt werden[19]).

---

[17]) Die Untersieglung, auf welche im Mittelalter des Beweises wegen ein besonderes Gewicht gelegt wurde, (s. Eichhorn, Staats- und Rechtsgeschichte II. §. 341. Anm.) ist jetzt nicht nothwendig, wenn auch gebräuchlich. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 5. §. 119. — Oesterr. Gesetzb. §. 884. — Sächs. Gesetzb. §. 825. — Ein durch Correspondenz abgeschlossener Vertrag gilt als ein schriftlicher, wenn nicht eine bestimmte Form der Schriftlichkeit vorgeschrieben ist. Auch Telegramme als Mittel der Vertragsabschließung ersetzen die Schrift, wenn die Aufgabe-Depeschen von den Aufgebern oder ihren gehörig legitimirten Vertretern vollzogen sind; vgl. das Erk. des Berliner Obertribunals bei Seuffert XVI. Nr 29. — R. O. H. G. XII. Nr. 96. (über Bedeutung und Auslegung der Worte: Brief Näheres). — XXIII. Nr. 119. (über Diligenz bei telegraphischer Correspondenz). — XXIV. Nr. 87. (die Originaldepesche als öffentliche Urkunde). Vgl. oben §. 92. Note 14.

[18]) Eichhorn, Einleitung §. 94. Note i. — Thöl, Handelsrecht I. §. 60.

[19]) Zu dieser Ansicht scheint sich auch später Mittermaier bekannt zu haben, s. Grundsätze (7. Aufl.) II. §. 276. Note 9. Andere halten hier eine Vermuthung für begründet, welche dann sowohl für die Auffassung der Schrift als eines bloßen Beweismittels (Glück, Commentar XVI. §. 974. Note 86. — Kritz, Pandecten Th. I. Bd. 3. S. 9.), als auch für die Absicht, sie als wesentliche Form des Vertrages anzuwenden, aufgestellt wird, s. Archiv für Oldenburg. Recht I. Nr. 21. Die letztere Ansicht, welche aus c. 17. C. de fide instrument. nicht zu entnehmen ist (s. Thöl a. a. O. — Setzer, Abhandlungen aus dem Civilrecht I. Bremen 1860. — Seuffert XVI. Nr. 102. XXV. Nr. 225. XXVII. Nr. 108. XXXVI. Nr. 14.), finden sich im Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 5. §. 117. „In allen Fällen, wo die Parteien den Vertrag schriftlich zu schließen verabredet haben, wird vermuthet, daß nicht blos der Beweis, sondern selbst die verbindliche Kraft des Vertrages von der schriftlichen Abfassung desselben abhängen solle." Vgl. Bornemann, systemat. Darstellung II. S. 252.

c. Die Frage, ob nicht die Beredung der Schrift, auch wenn die Vollendung des Hauptgeschäftes von deren Anwendung abhängig gemacht ist, doch als gültige Vertragsverabredung aufgefaßt werden kann, ist nicht unbedingt zu verneinen, da nach dem jetzt herrschenden Princip der Vertragslehre die Möglichkeit, sich zur Abschließung eines formellen Vertrages zu verpflichten, nicht in Abrede gestellt werden kann. Eine solche Vereinbarung wird in der Regel dann anzunehmen sein, wenn die Parteien schon über alle Punkte des Hauptgeschäftes einig geworden sind, dieselben auch vorläufig schriftlich redigirt haben (Punctation), und nur die förmliche Abschließung bis zur Anwendung einer besonderen Solennität, z. B. der Abfassung der Urkunde vor Notar und Zeugen hinausschieben.

d. Soll die Schrift nach der Absicht der Parteien als wesentliche Form gelten, so ist der Vertrag vor ihrer Anwendung nicht vollendet, und die Erfüllung kann eigentlich in diesem Fall so wenig, wie bei der gesetzlich vorgeschriebenen Form, den Mangel derselben ersetzen. Doch wird allgemein angenommen, daß, wenn von beiden Seiten erfüllt worden, die Zurückforderung ausgeschlossen ist, und das Rechtsverhältniß wie aus dem Vertrage begründet angesehen werden muß[20]).

e. Mündliche Nebenberedungen bei schriftlichen Verträgen sind nur dann wirkungslos, wenn die Schriftlichkeit wesentliche Form ist oder sie mit dem Zwecke und der Natur des Hauptgeschäftes in Widerspruch stehen; für die Auslegung kommt es namentlich darauf an, ob sie vor, bei oder nach der Vertragsabschließung vereinbart sind[21]).

IV. Die Zuziehung von Zeugen.

Auch diese Form kommt neben der Schriftlichkeit und Gerichtlichkeit vor, sowohl in Folge gesetzlicher Anordnung, als auch durch die Privatwillkühr der Parteien[22]). Die oben entwickelten Rechtsgrundsätze sind hier analog zur Anwendung zu bringen.

§. 110.

Von der Zahlung, insbesondere von dem Gelde.

Die Zahlung (solutio) ist die Aufhebung eines Obligationsverhältnisses durch die Leistung des Gegenstandes, der geschuldet wird. Für diese

---

20) Eichhorn, Einleitung §. 93. — Phillips, Grundsätze I. S. 489. — Thöl a. a. O. §. 59.

21) Seuffert III. Nr. 30. 154. VI. Nr. 19. X. Nr. 248. XVII. Nr. 125. XX. Nr. 216. 217. 272. XXI. Nr. 33. XXXI. Nr. 214. 215. — R. O. H. G. II. Nr. 45.

22) Statut der Stadt Minden B. I. Tit. 4. Art. 5. (P. Wigand, die Provinzialrechte des Fürstenthums Minden II. S. 45.)

Lehre ist im Allgemeinen das römische Recht maaßgebend; die besonderen Arten der Zahlung, welche sich erst im neueren Rechte, namentlich für den kaufmännischen Geschäftsverkehr ausgebildet haben, sind später bei den einzelnen Rechtsinstituten einer genaueren Erörterung zu unterziehen. Nur die Geldzahlung (numeratio), in welche sich auch andere als die reinen Geldobligationen auflösen können, ist schon hier genauer zu betrachten, da zu deren richtiger Würdigung der Begriff und die Bedeutung des Geldes vorher festgestellt sein muß[1]).

Geld in seiner allgemeinsten Bedeutung ist der allgemeine Werthmesser der Sachen, insofern sie einen Bestandtheil des Vermögens bilden (s. oben §. 73.). Es hat aber daneben noch die besondere Bedeutung, daß es den Vermögenswerth in sich selbst darstellt, indem es als ein allgemeines Tauschmittel gebraucht wird, und also durch die Möglichkeit des Anschaffens diejenigen Sachen vertritt, deren Werth es in sich schließt. Diese zwiefache Aufgabe des Geldes, als Werthmesser und Werthvertreter zu dienen, kommt nicht getrennt vor: Beides gehört zu den wesentlichen Merkmalen des Begriffs.

Das Geld ist also eine bestimmte körperliche Sache[2]). Aber die Wahl eines solchen allgemeinen Tauschmittels ist nicht willkührlich; der absolute Werth der edlen Metalle mußte dahin führen, in ihnen den Stoff für dasselbe zu suchen, und mit der Herstellung einer staatlichen Ordnung war es auch gegeben, daß die höchste Gewalt sich gegen das Geldwesen nicht gleichgültig verhielt. In der Karolingischen Monarchie als Reichsangelegenheit zusammen gehalten, zersplitterte das Münzwesen während des Mittelalters; neben dem kaiserlichen Reservatrechte bildete sich das landesherrliche Münzregal selbständig aus und ward ein Attribut der modernen Staatsgewalt[3]).

---

[1]) Hierüber ist besonders zu vergleichen die Darstellung von Savigny, das Obligationenrecht I. §. 40 ff., deren technischer Theil sich wieder an folgende Schriften anlehnt: Hufeland, Staatswirthschaftskunst Th. 2. Gießen 1813. — J. G. Hoffmann, die Lehre vom Gelde. Berlin 1838. — Derselbe, die Zeichen der Zeit im deutschen Münzwesen. Berlin 1841. — J. Helferich, von den periodischen Schwankungen im Werth der edlen Metalle. Nürnberg 1843. — Chr. Noback und F. Noback, Taschenbuch der Münz-, Maaß- und Gewichtsverhältnisse. Leipzig 1850. Aus der neuesten Literatur ist hervorzuheben: G. Hartmann, über den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt der Geldschulden. Braunschweig 1868. und besonders: Gold'schmidt, Handbuch des Handelsrechts I. 2. S. 1060—1231.

[2]) Bankogeld bei Girobanken und andere ideelle Zahlmittel (s. g. Rechnungsgeld) sind kein Geld, sondern Surrogate desselben, deren Werthverhältniß fest bestimmt ist; s. Klüber, öffentliches Recht §. 417. Note b. — Goldschmidt a. a. O. S. 1177—84.

[3]) J. H. Müller, deutsche Münzgeschichte bis zu der Ottonenzeit. Leipzig 1860. — Klüber a. a. O. §. 415 ff. — Zachariä, Staats- und Bundesrecht II. §. 198 ff.

a) Die edlen Metalle werden zur Herstellung des Geldes verwandt, indem sie entweder als Barren geformt oder einzelne Stücke derselben von einem bestimmten Gewicht (Schroot) und Feingehalt[4]) unter öffentlicher Autorität zu Münzen ausgeprägt und mit der Angabe ihres Werthes versehen werden. Als Regel muß dabei gelten, daß der Nennwerth dem Metallwerthe entspricht. — Wenn nun auch gleichzeitig in einem Staate Gold- und Silbermünzen geprägt werden, so ist es doch bei dem wechselnden Werthverhältnisse beider Metalle nothwendig, daß das eine als feste Grundlage für die Geldverhältnisse betrachtet wird, zu welchem dann das andere in einem abhängigen Verhältnisse sich befindet. Dieses normale Münzmetall ist in Deutschland das Silber geworden, und zwar so, daß der Feingehalt der einzelnen Münzen nach der Kölnischen Mark reinen Silbers (der Mark fein) und auf Grund des neuesten Münzvertrages v. J. 1857. nach dem neuen Pfund feinen Silbers bestimmt ward. Das Verhältniß, in welchem dies geschieht, bezeichnet man als den Münzfuß eines Landes. Dieser hat in verschiedenen Gegenden Deutschlands oft gewechselt[5]) und sich verschieden gestaltet; doch ist durch die Münzconvention vom 30. Juli 1838[6]) ein wichtiger Schritt der Annäherung geschehen. Bis dahin herrschten nämlich in Deutschland drei Münzfüße vor: der Zwanzig Gulden- oder Conventionsfuß seit 1753, der Vierundzwanzig Guldenfuß[7]) und der preußische Einundzwanzig Gulden- oder 14 Thalerfuß. Der 24 Guldenfuß war aber durch den Kronthaler thatsächlich zu einem 24½ Guldenfuß umgeändert worden, und indem in der genannten Convention dieser letztere Fuß von den betheiligten Staaten, welche früher den 24 Guldenfuß gebraucht hatten, ausdrücklich angenommen ward, stellte sich eine bequeme Ausgleichung desselben mit dem 21 Guldenfuß her, indem nun das Verhältniß zwischen dem preußischen Thaler und dem Gulden wie vier zu sieben zu stehen kam. Später ist der Münzvertrag zwischen Oesterreich und den Zollvereinsstaaten v. 24. Jan. 1857. ins Leben getreten (Preuß. Gesetzsammlung v. 1857. S. 312—24.), nach welchem das Pfund feinen Silbers nach dem 30 Thalerfuß, dem 45 Guldenfuß und dem 52½ Guldenfuß ausgeprägt ward. — Der entscheidende Schritt zur Herstellung der Münzeinheit und zur Einführung der Goldwährung ist dann durch das Reichsgesetz betreffend die Ausprägung von

---

[4]) Korn bedeutet den Gehalt der Münze, wie er aus dem reinen Silber oder Gold (dem Feingehalt) und der Legirung zusammengesetzt ist.

[5]) S. Klüber a. a. O. §. 419.

[6]) Abgedruckt in der preußischen Gesetzsammlung v. 1839. S. 18—24.

[7]) Uebrigens ist in diesem Fuße fast gar nicht gemünzt worden; er beruhte eigentlich nur auf einer andern Berechnung der im Zwanzig Guldenfuß ausgeprägten Münzen.

Reichsgoldmünzen v. 4. Dec. 1871 und schließlich durch das Reichsmünzgesetz v. 9. Juli 1873 geschehen. Es werden darnach Reichsgoldmünzen ausgeprägt, 139½ Stück aus Einem Pfunde feinen Goldes. Der zehnte Theil dieser Goldmünze heißt Mark und wird in 100 Pfennige getheilt. Das Zehnmarkstück gilt 3⅓ Thaler oder 5⅚ Gulden, das Zwanzigmarkstück 6⅔ Thaler oder 11⅔ Gulden. Außerdem werden geprägt Fünfmarkstücke und in Silber Münzen zu 5, 2, 1 Mark, 50 und 20 Pfennig, in Nickel zu 10 und 5 Pfennig, in Kupfer zu 2 und 1 Pfennig.

b) Für den täglichen Verkehr und zur Ausgleichung größerer Zahlungen bedarf es einer geringeren Münze, welche Scheidemünze genannt wird [8]). Nach dem Münzgesetze Art. 9. ist niemand verpflichtet, Reichssilbermünzen im Betrage von mehr als 20 Mark und Nickel- und Kupfermünzen im Betrage von mehr als 1 Mark in Zahlung zu nehmen. Doch sind nach Art. 15 die (noch nicht außer Kurs gesetzten) Thalerstücke, zu 3 Mark gerechnet, gesetzliche Zahlungsmittel [9]).

c) Es kann nun vorkommen, daß der Feingehalt des edlen Metalls, der in dem einzelnen Geldstück vorhanden ist (Metallwerth oder innerer Werth), mit dem Werthe, der von dem Münzherrn demselben beigelegt worden ist (Nennwerth oder äußerer Werth), nicht genau übereinstimmt, und zwar nicht wegen äußerer zufälliger Einwirkungen [10]), sondern weil die formelle Werthbestimmung der betreffenden Münzsorte überhaupt nicht die richtige ist. Außerdem kommt aber noch in Betracht, daß das Geld nicht allein als Zahlmittel, sondern auch als Waare im Geschäftsverkehr gebraucht und mit einem bestimmten Handelspreis (Cours) versehen wird, auf dessen Festsetzung verschiedenartige Umstände einwirken können, so daß neben dem Metall- und Nennwerthe noch ein eigener Courswerth zu berücksichtigen ist [11]).

---

[8]) R. A. von 1576. §. 76. — Pr. Münzgesetz v. 30. Sept. 1821. §. 7. — Münzconvention v. 30. Juli 1838. Art. 12. — Münzvertrag v. 24. Jan. 1857. Art. 14.

[9]) Der Silberthaler, der nach dem heutigen Preisverhältnisse der edlen Metalle (1=18) nicht vollwerthig ist, hat daher die Bedeutung einer Anweisung auf Goldmünze, s. R. O. H. G. XXVII. Nr. 79. XXV. Nr. 11. — R. G. I. Nr. 12. Vgl. überhaupt A. Soetbeer, deutsche Münz- und Bankverfassung mit Erläuterungen. Erlangen 1881. (in der Sammlung von Bezold Th. II. Bd. 1.)

[10]) Dahin gehört das Kippen und Wippen und die Abnutzung der Münze, wogegen die Berechnung des Schlagschatzes und die ungenaue Feststellung der Fehlergrenze (remedium) allgemein einen Unterschied zwischen dem Nennwerth und Metallwerth begründen.

[11]) Es ist hierbei nicht allein die öffentliche Meinung von dem Metallwerth der Münze maaßgebend, sondern auch die zufällige Nachfrage, die Bequemlichkeit der Versendung u. dgl. Die Bedeutung des Courses als des Handelspreises ist von Savigny nicht gehörig berücksichtigt worden, indem er überhaupt bei seiner

d) Die verschiedenen Werthbestimmungen des Geldes sind nun von besonderer Wichtigkeit bei solchen Obligationen, welche eine Geldsumme zum Gegenstande haben, indem im Fall einer Differenz die Frage beantwortet werden muß, ob der Inhalt einer Geldschuld nach dem Nennwerthe oder dem Metallwerthe oder dem Courswerthe zu bestimmen ist. Jede dieser Ansichten hat ihre Vertretung gefunden[12]); allein überwiegende Gründe sprechen dafür, im Zweifel den Nennwerth als den entscheidenden anzusehen. Es kommt bei dieser Frage, welche begreiflicher Weise zunächst nur für das Münzwesen jedes einzelnen Staates zu beantworten ist, darauf an, welche Art von Thätigkeit die Staatsregierung bei der Ausübung des Münzregals zu entwickeln beabsichtigt: ob sie durch die bei der Ausmünzung vorgenommene Werthbestimmung eine absolute Regel aufstellen will, von der eine Abweichung nicht zulässig sein soll, oder nur für die Auslegung der Rechtsgeschäfte eine Vermittelung eintreten zu lassen beabsichtigt. Im letzteren Fall kann aber wieder ein zwiefacher Zweck verfolgt werden: entweder will die Regierung nur ihre Meinung über den Werth der Geldstücke aussprechen, um die Verständigung der Betheiligten, welche in jedem einzelnen Fall nach den Umständen zu bemessen ist, zu erleichtern und zu vermitteln; oder sie will eine Regel aufstellen, welche im Geschäftsverkehr und für den Richter maaßgebend sein soll, wenn nicht eine Abweichung von derselben durch die Betheiligten festgestellt worden ist. Welche dieser verschiedenen Zwecke die Staatsregierung verfolgt, läßt sich nicht allein aus der staatswirthschaftlichen Bedeutung des Geldes (nach der Natur der Sache ohne Rücksicht auf die Uebung) entwickeln[13]), sondern ist zunächst nach der geschichtlichen Ausbildung des Münzregals und insbesondere nach der Stellung, welche die moderne Gesetzgebung zu der Frage einnimmt, zu ermessen[14]). Die absolute Geltung des Nennwerthes, ohne

Entwickelung die verschiedene Bedeutung des Metallgeldes und des Papiergeldes nicht bestimmt genug aus einander gehalten hat.

[12]) Vgl. überhaupt Glück, Commentar XII. S. 67—93. — Pfeiffer, practische Ausführungen I. Nr. 7. VII. Nr. 5. — v. Savigny a. a. O. S. 440 ff. — Pfeiffer selbst will den Nennwerth berücksichtigt wissen, und dies kann jetzt als die gemeine Meinung bezeichnet werden; für den Metallwerth ist Puchta Pandekten §. 38., für den Courswerth v. Savigny. Eine Vermittelung versucht' Windscheid, Pandektenrecht II. §. 256.

[13]) Dies versucht v. Savigny zur Begründung seiner Ansicht; umgekehrt erklärt sich aus Zweckmäßigkeitsgründen gegen die Berechnung nach dem Courswerth und für die nach dem Nennwerthe Souchay, Zeitschr. für Civilrecht und Proceß. N. F. IX. S. 346. 47.

[14]) Wenn v. Savigny a. a. O. S. 444. ein besonderes Gewicht darauf legt, daß der Münzherr die Werthbestimmung nicht immer in der Form eines Gesetzes, sondern auf andere Weise vornehme, so ist darauf zu erwidern, daß über-

Zulassung abweichender Veredungen, wird nun wohl nicht leicht irgendwo vorgeschrieben sein; dagegen haben ältere Particularrechte bei Geldschulden ausdrücklich den Metallwerth als maaßgebend anerkannt[15]), während die neuere Gesetzgebung den Nennwerth als die Regel gelten läßt, so daß, wenn nichts Anderes ausgemacht ist, der Schuldner ohne Rücksicht auf die inzwischen eingetretene Werthveränderung seine Zahlung darnach zu beschaffen hat[16]). Diese Auffassung entspricht der allgemeinen

haupt auf dem Gebiete der Regalien die formelle Scheidung der Gesetzgebung und Verwaltung früher nicht streng durchgeführt worden ist, daß aber in der Ausprägung sich der landesherrliche Wille äußerlich erkennbar darstellt. Auch wird die Form der Werthbestimmung bei der Scheidemünze, welche doch gewiß einen Zwangscours hat, von der bei dem Courantgelde üblichen in der Regel nicht abweichen.

15) Sächs. Constitutionen v. 1572. P. II. const. 28. „Da der Valor und der Werth, und also bonitas extrinseca verändert, dadurch die Müntz gesteigert oder fellet, oder ganz abkommet, soll der Werth, wie er zur Zeit des Contracts gewesen, bezahlet und erleget werden. Wo aber der Schuldner in mora gewesen, und dem Gleubiger mit der Bezahlung auf bestimpte Zeit nicht zugehalten, und es entstünde dem Gleubiger hierauß einiger Schade oder Abbruch an der Müntze, demselbigen soll ihme der Schuldman auch ersetzen. Also auch, wan Schrot und Korn, und also bonitas intrinseca an der Müntz verändert, so soll die Bezahlung derer Müntz, die tempore contractus ganghafftig gewesen, oder da man die nicht haben kan, nach derselbigen Werth und aestimation geschehen." — Diese Vorschrift ist fast wörtlich wiederholt in der Frankf. Reformation Th. II. Tit. 21. §. 6. und im Wesentlichen nachgebildet im Hamburg. Stadtrecht Th. II. Tit. 1. Art. 9. 10. Vgl. Souchay, Anmerkungen I. S. 159—66. 176—84. und über das ältere Recht Cap. Saxon. ai. 797. cap. 11. (Pertz L. L. I. p. 76.) — Sächs. Landrecht B. III. Art. 40. §. 1.

16) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 790. „Ist die Münzsorte, in welcher die Valuta gegeben worden, nicht außer Cours, sondern nur in ihrem äußern Werthe, ohne Veränderung des innern Gehalts, von dem Landesherrn heruntergesetzt worden, so muß dennoch die Rückzahlung in eben derselben Münzsorte geleistet und angenommen werden." Vgl. v. Savigny a. a. O. §. 46. — Code civ. Art. 1895. L'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que la somme numérique énoncée au contrat. — S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement. — Oesterr. Gesetzb. §. 988. „Gesetzliche Münzveränderungen ohne Veränderung des inneren Gehaltes gehen auf Rechnung des Darleihers. Er empfängt die Zahlung in der bestimmten, gegebenen Münz-Sorte, z. B. von 1000 Stück kaiserlichen Ducaten, oder 3000 Zwanzig-Kreuzer Stücken ohne Rücksicht, ob deren äußerer Werth in der Zwischenzeit erhöht oder vermindert worden ist. Wird aber der innere Werth geändert, so ist die Zahlung im Verhältniß zu dem inneren Werthe, den die gegebene Münz-Sorte zur Zeit des Darleihns hatte, zu leisten." Im letzteren Falle läßt das Pr. A. L. R. a. a. O. §. 788. 89. statt des Metallwerthes den Courswerth eintreten. — Die principielle Uebereinstimmung dieser unter den verschiedensten Münz-

Bedeutung des vermittelnden Rechts und dient der Rechtssicherheit, ohne der Privatwillkühr Zwang anzuthun; es ist aber die Beschränkung zuzulassen, daß, wenn abweichend vom Nennwerthe sich im Geschäftsleben gewohnheitsrechtlich ein bestimmter Courswerth festgestellt hat, dieser auch ohne besondere Verabredung der Betheiligten zur Anwendnng gebracht werden muß. Denn die Kraft der derogatorischen Gewohnheit ist auch hier als das Product der öffentlichen Meinung in ihrer allgemeinen Wirksamkeit anzuerkennen.

I. Die Münzgesetzgebung eines Staates erstreckt sich zunächst nur über das einheimische Geldwesen; doch kann sie auch auf fremdes Geld sich beziehen, indem sie dasselbe verruft (außer Umlauf setzt) oder tarifirt. Ein solcher Münztarif bestimmt dann den äußeren Werth des fremden Geldes ähnlich, wie es bei dem einheimischen sofort bei der Ausmünzung geschieht[17]).

II. Bei Münzveränderungen, d. h. wenn ein Staat seinen Münzfuß ändert, was nur durch einen Uebergang zu einem leichteren Münzfuße zu geschehen pflegt, sind genaue gesetzliche Vorschriften über das Verhältniß der verschiedenen Münzsorten erforderlich, welche nur dann entbehrlich erscheinen, wenn sich die neue Einrichtung dem bisher thatsächlich vorhandenen Zustande anschließt, wie es in Süddeutschland bei dem Uebergange vom 24 Guldenfuß zu dem Kronthalerfuß der Fall war. Im Allgemeinen ist dabei der Inhalt der Geldschuld nach dem inneren Werthe der ausgesprochenen Summe zu bestimmen[18]).

III. Das ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkommen der Betheiligten, daß statt des Nennwerthes der Metallwerth oder Courswerth gelten soll, hebt die gesetzliche Regel, welche für den Nennwerth spricht, auf und setzt an dessen Stelle das gewillkührte Maaß[19]).

---

verhältnissen entstandenen Gesetzgebungen, denen auch andere neuere Landesgesetze entsprechen (s. z. B. über Churhessen Pfeiffer, pract. Ausführungen I. Nr. 7. §. 12. — VII. Nr. 5. S. 75.), beweist die Richtung der modernen Legislation über die Bedeutung der gesetzlichen Werthbestimmung der Münzen und bietet auch für die gemeinrechtliche Theorie einen sicheren Anhalt dar. Vgl. überhaupt Goldschmidt, Handelsr. I. 2. S. 1165ff.

17) Souchay, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. N. F. IX. S. 349. 50. — Seuffert, XII. Nr. 133.

18) Souchay, Anmerkungen I. S. 170—80. und das daselbst abgedruckte Urtheil des Oberappellationsgerichts zu Lübeck vom Jahre 1846.

19) Pfeiffer, a. a. O. I. Nr. 7. §. 10. 11. — VII. Nr. 5. S. 79ff. (Seuffert II. Nr. 15.). In den angeführten Abhandlungen von Pfeiffer finden sich genaue casuistische Erörterungen aus dieser Lehre, indem das reine Gelddarlehen, das Darlehen von Münzsorten und das Darlehen in Geld mit Angabe der Münzsorten unterschieden wird; s. auch Seuffert VII. Nr. 21. Das Darlehen ist aber nicht das einzige Geschäft, bei welchem die Bestimmung des Münzwerthes in

§. 111.

(Fortsetzung). Vom Papiergelde.

Statt der Münzen aus edlen Metallen kommt auch Papiergeld vor, indem der Staat kraft seiner verfassungsmäßigen Gewalt ein Zahlmittel schafft, Münzzeichen ausgiebt und als Geld cursiren läßt. In Deutschland giebt es jetzt nur Reichspapiergeld, da nach dem Münzgesetze von 1873 §. 17. das Landespapiergeld eingezogen worden ist.

A. Neben dem Staatspapiergelde gelten als legales Zahlungsmittel auch die Banknoten, wenn sie durch eine vom Staate dazu ermächtigte Zettel= oder Notenbank ausgegeben werden. Das Bankwesen ist vom Reiche geordnet durch das Bankgesetz vom 14. März 1875.

I. Die Befugniß zur Ausgabe von Banknoten kann nur durch ein Reichsgesetz ertheilt werden (Bankgesetz §. 1.). Banken, welche sich zur Zeit des Erlasses dieses Gesetzes im Besitze des Notenrechts befanden, war es freigestellt, sich unter das Reichsgesetz zu stellen; thaten sie es nicht, so wurden sie in ihren Bankgeschäften auf den Staat, welcher es ihnen verliehen hatte, beschränkt und nur dort ihre Noten als Zahlungsmittel anerkannt. (§. 42—44.)

II. Jede Bank ist verpflichtet, ihre Noten auf Präsentation sofort einzulösen, so wie zum Nennwerthe an Zahlung anzunehmen (§. 4.); Noten dürfen nicht unter 100 Mark ausgestellt werden. (§. 3.)

III. Von dem Betrag ihrer im Umlauf befindlichen Noten soll jede Bank wenigstens ein Drittel in coursfähigem deutschen Gelde oder in Gold in Barren oder ausländischen Münzen vorräthig haben, für den Rest höchstens dreimonatliche discontirte Wechsel. (§. 17. 44.)

IV. Von den s. g. ungedeckten, d. h. nicht durch den Baarvorrath (zu welchem in diesem Falle auch die im Besitze einer Bank befindlichen Reichs=Kassenscheine und die Noten anderer deutschen Banken gehören) gedeckten Noten darf eine Bank, innerhalb der sonstigen gesetzlichen oder statutarischen Bestimmungen, nur so viel Noten steuerfrei ausgeben, als ihr in der Anlage zum Gesetze gestattet worden. Ueber diese Contingentirung ausgegebene Noten sind der Reichskasse mit jährlich fünf vom Hundert zu versteuern. (§. 9.)

V. Die bisherige preußische Bank ist zur Reichsbank umgeändert. Diese steht unter Aufsicht des Reichs und hat ihren Sitz in Berlin, Zweiganstalten im Reich; s. §. 13—41. und Statut der Reichsbank vom 21. Mai 1875.

Betracht kommt; es kann bei jeder Art der Geldzahlung der Fall sein, und ist bei der Berechnung dauernder Abgaben und Gefälle von besonderer Wichtigkeit.

a) Das Bankcapital besteht aus Bankantheilen, welche den Betheiligten mit $4\frac{1}{2}$ Procent vom Reingewinn verzinst werden; an dem höheren Ertrag nimmt das Reich einen bestimmt bemessenen Antheil.

b) Die Leitung der Bank hat das Reichsbank-Directorium, mit dem Reichskanzler oder dessen Stellvertreter an der Spitze; daneben die Generalversammlung und der Centralausschuß der Bankbetheiligten.

c) Die Reichsbank ist errichtet bis zum 1. Januar 1891, die Verlängerung kann nur mit Zustimmung des Reichstags geschehen. (§. 41.).

B. Sehr bestritten ist die Frage über den Begriff und die rechtliche Natur des Papiergeldes.

I. Der Zwangscours, d. h. die Verpflichtung jedes Unterthanen, es statt des Metallgeldes in Zahlung anzunehmen, gehört nicht zu den wesentlichen Merkmalen desselben[1]), so wenig wie die Einlösbarkeit, obgleich sie regelmäßig und in Deutschland unbedingt vorgeschrieben ist[2]), und die Unverzinslichkeit[3]).

II. Daß die vom Reich ausgestellten Reichskassenscheine Papiergeld sind, wird allgemein anerkannt, obgleich sie ihrer Form nach nur Schuldscheine sind, welche bei allen Kosten des Reichs und sämmtlicher Bundesstaaten nach ihrem Nennwerthe in Zahlung angenommen und von der Reichshauptkasse für Rechnung des Reichs jeder Zeit, auf Erfordern gegen baares Geld eingelöst werden, auch keinen Zwangscours haben[4]). Ebenso unbestritten ist, daß nicht jedes Kreditgeld unter dem Papiergelde im eigentlichen Sinne zu verstehen ist; es bleibt nur die Frage, ob die Noten der Reichsbank und anderer vom Reiche autorisirter Notenbanken zum Papiergelde zu rechnen sind. In Beziehung auf den besonderen strafrechtlichen Schutz sind sie es nicht, denn dieser ist nur dem Staatspapiergeld gegen Verletzungen des Münzregals unmittelbar gewährt (St.-G.-B. §. 146.), während die Banknoten wie andere Werthpapiere in dieser Hinsicht nur dem Papiergelde gleich geachtet werden

---

[1]) v. Savigny, Obligationenrecht I. §. 42. — Unger, die rechtliche Natur der Inhaberpapiere S. 6—14. — Bekker, Jahrbücher des gem. Rechts I. S. 316. — Goldschmidt, Handbuch I. 2. S. 1199. Note 5. — Thöl, welcher früher den Zwangscours als wesentliches Merkmal des Papiergeldes auffaßte, hat diese Ansicht später aufgegeben, s. Handelsrecht I. (6. Aufl.) §. 210.

[2]) Nebenius, der öffentliche Credit (2. Aufl.) S. 75. — Goldschmidt a. a. O. S. 1198.

[3]) Ueber das nur ausnahmsweise vorkommende verzinsliche Papiergeld s. Rau, Grundsätze der Volkswirthschaftslehre. 6. Aufl. S. 369. Anm. — Goldschmidt a. a. O. S. 1202. Note 24.

[4]) R. G. vom 30. Apr. 1874. §. 5.

sollen. (St.-G.-B. §. 149). Allein in wirthschaftlicher und privatrechtlicher Hinsicht sind die Banknoten unter dem Papiergelde mitbegriffen, denn das Wesentliche ist, daß sie dazu bestimmt sind, als gesetzliches Zahlungsmittel zu fungiren[5]).

Zweites Kapitel.

Einzelne Verträge.

§. 112.

Der Kauf.

Im Allgemeinen kommt für dieses Geschäft das römische Recht zur Anwendung, und wenn im modernen Rechte Abweichungen sich finden, so gehören sie vorzugsweise dem Handelsrechte an und sind bei dessen Darstellung zu berücksichtigen. Hier sind nur folgende Punkte zu bemerken.

I. Die Versteigerung. Diese Geschäftsform, welche den Zweck hat, durch die Herbeiführung einer Concurrenz die Abschließung des beabsichtigten Vertrags unter möglichst günstigen Bedingungen zu sichern, kommt bei Verkäufen schon früh und, wie es scheint, ohne Zusammenhang mit den verwandten römischen Einrichtungen vor[1]). Jetzt wird die Versteigerung auch bei anderen Geschäften, z. B. der Uebernahme von Lieferungen und Bauten angewandt; gewöhnlich geschieht sie unter öffentlicher Autorität, doch kann sie auch als reine Privatangelegenheit behandelt werden[2]). Der Vertrag wird erst durch den in der Regel

---

[5]) Seuffert X. S. 117—18. — Unger a. a. O. S. 9—12. Vgl. H. G. B. Art. 325, wo die Geldzahlung im Gegensatze zur Waarenlieferung (Art. 324.) unzweifelhaft auch auf Zahlung mit Banknoten zu beziehen ist. — Stenograph. Berichte der Verhandlungen des Reichstags 1870. I. S. 395 ff. 415 ff. 481 ff. Andere Ansichten bei Kuntze, Lehre von den Inhaberpapieren S. 487—90. — Goldschmidt a. a. O. S. 1227. Note 38. Goldschmidt selbst erklärt die Banknoten für eine, dem Papiergelde sehr verwandte Spielart zwischen dem Creditgelde und den reinen Geldcreditpapieren.

[1]) Beispiele finden sich schon aus dem 15. Jahrhundert, s. Grimm, R. A. S. 610. — Reyscher, gemeines und württemb. Privatrecht II. §. 423. Note 1. Die Bezeichnung Gant leitet Grimm a. a. O. vom romanischen inquantus, incanto, encans ab.

[2]) Nach gemeinem Rechte ist ein Vertrag, durch welchen der Eine oder Andere der Mitbietenden von einer weiteren Betheiligung abgehalten wird, an sich nicht für unerlaubt zu halten, s. v. Nettelbladt, Rechtssprüche II. Nr. 57. Denn es ist nicht ohne Weiteres mit dem O. A. Gerichte zu Wiesbaden anzunehmen

symbolisch ausgedrückten Zuschlag vollendet, so daß das Angebot bis dahin nur die Bedeutung einer noch nicht angenommenen Offerte hat, nicht aber als die Annahme einer Verkaufsproposition aufzufassen ist[3]). Das Angebot an sich eine unwiderrufliche, also verbindliche Offerte, wird aber durch das Ueberbieten wirkungslos gemacht; andererseits ist aber auch der Versteigerer (Licitant) nicht zur Ertheilung des Zuschlags an den Meistbietenden (oder Mindestfordernden) verpflichtet[4]). Auch kann er für den einzelnen Fall besondere Bedingungen für die Versteigerung aufstellen (Aussetzung des Zuschlags, Wahl unter den Bietern, Verpflichtung zur Baarzahlung, Cautionsleistung u. s. w.), die aber, um bindend zu sein, gehörig bekannt gemacht sein müssen[5]).

II. Die Verletzung über die Hälfte (laesio enormis). Die Anfechtung eines Rechtsgeschäftes wegen der bloßen Thatsache einer übermäßigen Verletzung ist nach römischen und canonischen Rechte nur dem Verkäufer und zwar nur dem Verkäufer von Landgütern gewährt, und beruht auf einem Rechtsgrunde, dessen Ausdehnung wegen der anomalischen Natur der ganzen Vorschrift unzulässig erscheint[6]). Die deutsche Praxis hat aber dieses Institut lange Zeit mit einer gewissen Vorliebe behandelt[7]),

---

(s. Seuffert XII. Nr. 16. XVII. Nr 201.), daß eine solche Uebereinkunft den guten Sitten widerstreitet. Eine darauf gerichtete Bestimmung des Preuß. Strafgesetzbuchs §. 270 ist in das Reichsstrafgesetzbuch nicht übergegangen.

[3]) Die Ansicht, daß mit dem Angebot der Vertrag perfect wird, findet sich bei Puchta, Pandekten §. 252. und Kindervater, Jahrbücher für die Dogmatik VII. Nr. 1. 7. desgleichen im Sächs. Gesetzbuch §. 819. Vgl. Siegel, das Versprechen als Verpflichtungsgrund §. 10. Sie entspricht aber weder der Natur des Rechtsverhältnisses noch dem Gewohnheitsrechte; vgl. Strube, rechtliche Bedenken V. Nr. 28. — Ihering, Jahrbücher a. a. O. Nr. 4. 8. — Seuffert VIII. Nr. 38. XX. Nr. 214. XXIV. Nr. 22. Auf den Ausrufspreis, der gewöhnlich nur vom Auctionator, um das Geschäft in Gang zu bringen, aufgestellt wird, legt Unger (Jahrbücher VIII. Nr. 5.) ein zu großes Gewicht. Andere unterschätzen die Bedeutung des Zuschlags s. Windscheid, Pandektenrecht II. §. 309. Note 16. — Regelsberger, civilrechtl. Erörterungen S. 162 ff. — Seuffert XXXII. Nr. 127. Der richterliche Zuschlag ist adjudicatio (Seuffert XXIV. Nr. 214.).

[4]) In ersterer Hinsicht ist die Ansicht von Kindervater, in letzterer die von Ihering a. a. O. die richtige. Ueber die Verhaftung des Meistbietenden bis zum Ende des Versteigerungstermins vgl. Seuffert VI. Nr. 183.

[5]) Die Particularrechte haben namentlich über die gerichtliche Versteigerung häufig genauere Vorschriften; s. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 340–62. — Reyscher a. a. O. §. 423. — Steinacker, Braunschweig. Privatrecht §. 115. — Haubold, Lehrbuch des K. Sächs. Privatr. §. 279—82. (s. jedoch oben Note 3.) — Sachse, Handbuch des Großh. Sächs. Privatr. §. 404–10.

[6]) c. 2. 8. C. de rescind. vend. — cap. 3. 6. X. de emt. vend.

[7]) Schon in einem Urtheile des Lübischen Oberhofs von 1483 (Michelsen Nr. 144.) wird es unbedenklich zur Anwendung gebracht. Die entgegengesetzte

und demselben die möglichste Ausdehnung zu geben versucht[8]), welche jedoch nur, insoweit sie sich zu einem Gewohnheitsrechte ausgebildet hat, eine gemeinrechtliche Geltung in Anspruch nehmen kann. Für die Anwendung des Instituts auf den Verkauf beweglicher Sachen und zum Besten des Käufers[9]) ist nun ein solches moderne Gewohnheitsrecht wohl nicht in Abrede zu stellen[10]); aber weiter zu gehen und es für alle zweiseitigen oder auch nur dem Kaufe verwandten Verträge anzunehmen, läßt sich nicht rechtfertigen[11]). Doch erscheint die Ausschließung des Anfechtungsrechts bei öffentlichen Versteigerungen begründet, da in deren Veranstaltung und beziehungsweise der Betheiligung daran ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht zu finden ist[12]), und bei Handelsgeschäften soll es überhaupt nicht zur Anwendung kommen[13]).

III. Gewähr wegen heimlicher Mängel. Das ältere deutsche Recht betrachtete es als Pflicht des Käufers, sich bei dem Handel gehörig

Regel sprechen aus L. Bajuv. tit. XVI. cap. 9. — L. Wisigoth. lib. V. tit. 4. cap. 7.

[8]) Vgl. überhaupt Glück, Commentar XVII. S. 19—125. — Brinckmann, Handelsrecht II. S. 273—79. Einzelne Erörterungen aus dieser Lehre finden sich bei Seuffert I. Nr. 45—47. 201. II. Nr. 275. 292. 356. III. Nr. 160—61. 315—17. IV. Nr. 28. 105. 213. VIII. Nr. 243. X. Nr. 245. XII. Nr. 138. XV. Nr. 212. XVI. Nr. 167.

[9]) Das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 59—69., welches die Anfechtung auf die rechtliche Vermuthung eines den Vertrag entkräftenden Irrthums baut, gewährt sie nur dem Käufer und nicht dem Verkäufer, weil Ersterer den Werth seiner Sache kennen muß.

[10]) Vgl. Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 8. §. 19. — Baumeister, Hamburger Privatr. I. §. 50. Nr. IV. A. M. ist Puchta, Pandekten §. 364.

[11]) Manche sind freilich dieser Ansicht, s. Glück a. a. O. S. 120—25. — Thibaut, System II. §. 500. — Wolff, Lehrbuch I. §. 153. Note 82. — Seuffert XI. Nr. 30. XXIV. Nr. 233. (Hier jedoch nur bei dem Tausche, wenn die beiderseitigen Leistungen einen bestimmten gemeinen Werth haben.) Particularrechte haben eine ähnliche Auffassung, s. Württemb. Landr. Th. II. Tit. 14. 22a. E. — Oesterr. Gesetzb. §. 934.

[12]) Seuffert XXX. Nr. 240. Dieser früher von mir nicht erwogene Grund hat mich zur Abänderung der in der ersten Ausgabe aufgestellten Ansicht bestimmt; zu demselben Ergebniß kommt das Erk. des Reichsgerichts (Entscheidungen VI. Nr. 39.), wenn auch mit einer anderen, nicht ganz zutreffenden Motivirung. Auf keinen Fall ist anzunehmen (s. Treitschke, der Kaufcontract §. 110. — Seuffert VI. Nr. 323.), daß für die Erlangung des wahren Preises bei der Versteigerung eine Vermuthung bestehe. — Particularrechte lassen wenigstens bei der gerichtlichen Versteigerung das Anfechtungsrecht häufig wegfallen; s. Pr. A. L. R. a. a. O. §. 343. — Oesterr. Gesetzb. §. 935. — Haubold, Lehrbuch §. 283. — Grefe, Hannovers Recht II. §. 108. Für die Ausschließung des Rechtsmittels bei Speculationskäufen s. das Erk. des Reichsgerichts bei Seuffert XXXVIII. Nr. 221.

[13]) H. G. B. Art. 286.

vorzusehen, so daß er ihn, wenn er eine mit Mängeln behaftete Sache gekauft und an sich genommen hatte, den Schaden tragen ließ[14]). Nur bei dem Handel über Knechte und Vieh, insbesondere über Pferde ließ es insofern eine Milderung zu, daß der Käufer wegen gewisser Hauptmängel die ihm verborgen geblieben, dem Verkäufer aber bekannt gewesen waren, binnen einer bestimmten Frist das Geschäft aufrufen konnte[15]). Dieselben Grundsätze wiederholen sich in den Rechtsquellen des späteren Mittelalters, und auch in einzelnen noch geltenden Statuten haben sich Spuren davon erhalten[16]). Seit der Aufnahme des römischen Rechts sind aber die Vorschriften des ädilitischen Edicts über die Gewährleistung wegen heimlicher Mängel bei uns zur gemeinrechtlichen Geltung gelangt, nur bei dem Viehhandel hat sich die ältere deutsche Rechtsansicht fast allgemein in Uebung erhalten. Die leitenden Grundsätze dabei sind, daß nur wegen gewisser Hauptmängel mit der Wandelungsklage das Geschäft angefochten werden kann, indem eine Minderungsklage in der Regel nicht stattfindet; daß die Mängel sich auch in einer bestimmten Frist gezeigt haben müssen, wenn der Verkäufer für sie einstehen soll, daß aber unter dieser Voraussetzung dem Käufer die rechtliche Vermuthung zur Seite steht, die Mängel seien schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden gewesen. In dieser Befreiung von der Beweislast liegt der Vortheil für den Käufer, dessen Lage in anderen Beziehungen freilich weniger günstig als nach dem römischen Rechte ist.

Das Nähere hängt von der besonderen Normirung ab; Gesetze und Gewohnheiten weichen, sowohl in der Feststellung dessen, was als Haupt-

---

14) Darauf weisen auch die Sprichwörter hin: „Augen für Geld", oder „wer die Augen nicht aufthut, thue den Beutel auf".

15) Gewöhnlich binnen drei Tagen (L. Bajuv. tit XVI. cap. 9.), nach angelsächsischem Rechte binnen dreißig Tagen, s. L. L. Anglosax. Inae cap. 56. Vgl. Grimm, R. A. S. 609. und insbesondere Heise und Cropp, jur. Abhandlungen I. Nr. 11. §. 2—5.

16) Hamb. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 17. „Wann ein Mann Korn, Holtz, Ochsen, Schweine, Schaaffe, Pferde, und dergleichen fahrende haab auff dem freyen Marckte, oder auch in den Schiffen besehen und gekaufft hat, auch darauff an seine Behausung und gewehr bracht, das muß er ohne alle Exception gelten und bezahlen, es weren dann ihre vorworte anders." Vgl. Heise und Cropp a. a. O. §. 6 ff., wo auch die Vorschriften älterer Statuten über die Pflicht zur Gewährleistung wegen heimlicher Mängel, welche bei dem Handel mit Tuch (Gewand) vorkommen, erörtert werden — Trummer, Vorträge II. S. 212 ff. — Baumeister a. a. O. §. 50. Nr. III. — Blackstone, commentaries B. II. chap. 30. But with regard to the goodness of the wares so purchased, the vendor is not bound to answer; unless he expressly warrants them to be sound and good, or unless he knew them to be otherwise and hath used any art to disguise them, or unless they turn out to be different from what he represented them to the buyer.

mangel anzusehen ist, als auch in der Bestimmung der Frist, in welcher sich ein solcher gezeigt haben muß, vielfach von einander ab, indem besondere Vorschriften über die einzelnen Thierarten und die bei denselben vorkommenden Fehler und Krankheiten vorzukommen pflegen[17]). Darauf, ob der Verkäufer Kenntniß von dem Mangel gehabt hat, wird im Allgemeinen kein Gewicht mehr gelegt. — Wo es an genaueren gesetzlichen Regeln fehlt, muß der Begriff der Hauptmängel und die gewöhnliche Zeit des Hervortretens bestimmter Krankheiten durch das Gutachten von Sachverständigen festgestellt werden; ist zu diesem Behuf aber noch eine Beweisführung, welche zur Bestärkung der Vermuthung dienen soll, erforderlich, so trifft die Last derselben den Käufer[18]).

---

[17]) Oesterr. Gesetzb. §. 924. „Wenn ein Stück Vieh binnen vierundzwanzig Stunden nach der Uebernahme erkrankt oder umfällt, so wird vermuthet, daß es schon vor der Uebernahme krank gewesen sey. §. 925. Die nähmliche Vermuthung gilt: 1) wenn binnen acht Tagen bey den Schweinen die Finne, und bei den Schafen die Pocken oder die Räude (Schäbe); oder wenn bey den letztern binnen zwey Monathen die Lungen- und Egelwürmer entdeckt werden; 2) wenn bey dem Rindviehe binnen dreyßig Tagen nach der Uebernahme die Drüsenkrankheit, sogenannte Stiersucht, gefunden wird; 3) wenn bey Pferden und Lastthieren binnen fünfzehn Tagen nach der Uebergabe die verdächtige Drüse oder der Rotz, wie auch der Dampf: oder, wenn binnen dreyßig Tagen der Dummkoller, der Wurm, die Stätigkeit, der schwarze Staar oder die Mondblindheit entdeckt wird. §. 926. Von dieser rechtlichen Vermuthung (§. 924—25.) kann aber der Uebernehmer eines solchen Stückes Vieh nur dann Gebrauch machen, wenn er dem Uebergeber oder Gewährsmanne sogleich von dem bemerkten Fehler Nachricht giebt; oder in dessen Abwesenheit dem Ortsgerichte, oder Sachverständigen die Anzeige macht, und den Augenschein vornehmen läßt. §. 927. Vernachlässigt der Uebernehmer diese Vorsicht, so liegt ihm der Beweis ob, daß das Vieh schon vor Schließung des Vertrages mangelhaft war. Immer steht aber auch dem Uebergeber der Beweis offen, daß der gerügte Mangel erst nach der Uebergabe eingetreten sey." — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 199—206. und Anhang zum Landrecht §. 13. 14. — Sächs. Gesetzbuch §. 924—29. — Baier. Landr. Th. IV. Cap. 3. §. 23. — Baier. Gesetz v. 26. März 1859. und dazu der Commentar von v. Völderndorff, München 1860. — Rev. Lüb. Recht B. III. Tit. 6. Art. 14. 17. — Frankf. Reformation Th. II. Tit. 9. §. 4. 5. — Fränkische Statuten bei Arnold, Beiträge II. S. 81—88. 203—6. 209—11. 311. 400—3. 441—46. 551—52. 559—60. 594—96. 613—14. 684—85. — Haubold, Lehrbuch §. 283. — Grefe, Hannovers Recht II. §. 97. — Reyscher, gemeines und württemb. Privatrecht II. §. 417. — Paulsen, Lehrbuch §. 91. Eine tabellarische Uebersicht der particularrechtlich festgestellten Fristen giebt Segnitz, dreißig Bücher von der Landwirthschaft II. S. 405. Vgl. überhaupt Stobbe, Handbuch IV. §. 185.

[18]) Strube, rechtliche Bedenken IV. Nr. 20. — Hagemann, Landwirthschaftsrecht §. 394—98. — Münter, Roßtäuscherrecht. 3. Ausg. Hannover 1810. — J. D. Hofacker, Anleitung zur Beurtheilung der Hauptmängel der Hausthiere. Tübingen 1825. — v. Kübel, württemb. Archiv, herausgeg. von v. Kübel

IV. Das Tragen der Gefahr bei dem Kaufe. Die Vorschrift des römischen Rechts, daß nach Abschließung des Kaufes die Gefahr der Sache noch vor der Tradition auf den Käufer übergeht, findet sich nicht in dem älteren deutschen Rechte, welches sogar bei der Gewere des Faustpfandgläubigers die Sache auf dessen Gefahr stehen ließ[19]). Hat nun auch die römische Regel gemeinrechtliche Geltung erhalten, so fehlt es doch nicht an einzelne Ausnahmen in Gewohnheiten und Statuten[20]), und auch die neueren Gesetzbücher haben den Grundsatz des einheimischen Rechts wieder hergestellt[21]).

V. Verkauf der Früchte auf dem Halm. Schon die Capitularien enthalten Bestimmungen, durch welche wucherliche Geschäfte bei dem Kauf noch nicht geernteter Früchte verhindert werden sollten[22]). In demselben Sinne haben die Reichsgesetze vorgeschrieben, daß Wein, Getraide und andere Früchte vor der Ernte nur dann Gegenstand eines gültigen Kaufs sein sollen, wenn der gemeine Werth, den sie zur Zeit des Vertragsabschlusses oder in den ersten vierzehn Tagen nach der Ernte haben, als Preis bedungen ist[23]). Particularrechte wiederholen diese Vorschrift

---

und Sarwey XXI. S. 1—111. Ueber das Verhältniß der deutschen Wandelungsklage zu den Bestimmungen des H. G. B.'s. vgl. R O. H. V. Nr. 70. Nach dem Erk. bei Seuffert XXXII. Nr. 72. ist H. G. B. Art 347. über den Distanzkauf auf den Viehhandel nicht anwendbar, s. dagegen R. O. H. G. XXV. Nr. 58.

19) S. oben §. 101. Note 3. 4. — §. 104. Note 2. — Heusler, die Gewere S. 215 ff.

20) Paulsen, Lehrbuch §. 91. — Archiv für Oldenburg. Recht II. Nr. 12. Eigenthümlich ist die Unterscheidung im Hamb. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 13. „So baldt der kauff in allen seinen Puncten, über fahrende haab, vollenzogen: So ist insgemein der schade und vortheil, so dem gute begegnet oder zuwechst, des Kauffers, wann schon die Wahren in des Verkauffers packraum und verwahrung verblieben. In liegenden Gütern aber kan kein schade oder vortheil dem Kauffer zugerechnet werden, es sey ihm dann zuvorderst vor sitzendem Rath verlassen, oder er habe sich der possession unterfangen, oder auch einen andern abscheidt mit dem Verkauffer genommen."

21) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. § 95. „So lange der Verkäufer dem Käufer die Sache noch nicht übergeben hat, bleibt bei allen freiwilligen Verkäufen, wenn sie nicht in Bausch und Bogen geschlossen, oder sonst ein Anderes ausdrücklich verabredet worden, Gefahr und Schade dem Verkäufer zur Last." — Oesterr. Gesetzbuch §. 1048—49. 1064. Dagegen folgt das Sächs. Gesetzbuch §. 866. dem römischen Rechte.

22) Capit. ai. 806. cap. 7. — Legg. Langob. Carol. M. cap. 56. (L. L. Lib. II. tit. 31. cap. 1.)

23) R. P. O. v. 1577. Tit. XIX. §. 1. „Nachdem nicht ohn groß verderblich Beschwerden des armen gemeinen Volks befunden, daß demselben durch etliche eigennützige, geitzige Leuth, im Schein der Kauffmannschafft, auf ihre Samen, so noch auf dem Felde stehen, auch den Wein an den Stöcken, und andere ihre Frücht, Arbeit und Viehe, Geld oder ein anders hinausgeliehen oder gegeben, dadurch die-

mit verschiedenen Abänderungen, während neuere Gesetze sie ganz beseitigt haben[24]).

VI. Schlüssel- oder Heerdgeld. In manchen Gegenden ist es Sitte, daß bei dem Verkauf von Häusern und Landgütern der Ehefrau des Verkäufers[25]) außer dem Kaufpreis eine Summe Geldes gewährt wird, welche entweder von dem Verkäufer ausdrücklich bedungen oder von dem Käufer freiwillig gegeben wird. Im ersten Fall liegt ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten, im zweiten Fall eine Schenkung vor. Eine rechtliche Verbindlichkeit zur Zahlung eines solchen Geldes ohne ausdrückliche Verabredung würde ein bestimmt darauf gerichtetes Gewohnheitsrecht voraussetzen, welches aber wohl kaum irgendwo vorkommt[26]).

---

selbe armen nothdürfftigen Leuth, was sie gar härtiglich erarbeiten, näher dann sich sonst nach gemeinen gewöhnlichen Kauf gebührt, zu geben verursacht und gedrungen werden. §. 3. Hierauf setzen und ordnen wir abermals, daß gleichwol männiglich dem armen Mann in der Noth, und damit er seine Güther desto stattlicher erbauen, auch sonst mit anderer Nothdurfft sich erhalten mög, auf Wein, Frucht und anders fürzuleyhen, oder zuvor auszugeben, oder auch jährlich Wein- und Treyd-Gülten, um ein bestimbte Geld-Summa, von ihme zu kaufen erlaubt seyn soll: Jedoch daß dasselbig fürleyhen, oder zuvor ausgeben, anders und mehrers nicht, als auf den Schlag, und gemeinen Kauff, was nemlich der Wein, oder Treyd, zur Zeit des Contracts, oder aber vierzehen Tag die nechsten nach dem Herbst, oder Ernden gelten wird, beschehe." — — Vgl. Gerstlacher, Handbuch X. S. 2141—49. Auf den Verkauf in der Noth wird das Verbot irrthümlich beschränkt in dem Erk. bei Seuffert XIV. Nr. 24.

24) Das Trier'sche Landrecht Tit. XVIII. §. 8. läßt die Annahme des Wuchers von der Erwägung des einzelnen Falles abhängen; in Hannover ist jeder Vertrag über den Ankauf von Getraide auf dem Halm und in Aehren verboten, wenn er nicht obrigkeitlich angeordnet oder bestätigt ist, s. Grefe a. a. O. II. §. 98. Das Baier. Landr. Th. IV. Cap. 4. §. 4. gestattete allgemein den Verkauf künftiger Früchte, verbot aber den Verkauf des auf der Wurzel stehenden Getraides, wogegen neuere Gesetze wieder strengere Vorschriften enthalten, s. Phillips, Grundsätze §. 75. Note 2. 5. Das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 594. — Th. II. Tit. 7. §. 12. hatte beschränkende Bestimmungen für die Bauern, welche aber durch die Verordnung v. 9. Nov. 1843. aufgehoben worden sind. — Durch das H. G. B. sind die betreffenden polizeilichen Bestimmungen nicht berührt worden, s. R. O. H. G. V. Nr. 103.

25) Anderen Personen, welche statt der Hausfrau dem Hauswesen vorstehen, z. B. den Töchtern des Verkäufers, wird das Schlüssel- oder Heerdgeld seltener gegeben.

26) Vgl. überhaupt F. Kämmerer, Beiträge zur Lehre vom Schlüssel- oder Heerdgelde. Rostock 1833. Die rechtliche Auffassung des Instituts ist hier freilich in manchen Beziehungen verfehlt, weil der Verfasser die Gültigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter leugnet und daher zu künstlichen Deductionen genöthigt ist. Eine gewisse Aehnlichkeit mit dem Schlüssel- und Heerdgeld hat das Strick- und Halftergeld bei dem Vieh- und Pferdehandel.

§. 113.

Die Miethe.

Der Miethvertrag wird im Allgemeinen nach den Grundsätzen des römischen Rechts beurtheilt; hier sind nur die Abweichungen des heutigen deutschen Rechts, insofern sie nicht bei der Darstellung besonderer Rechtsinstitute zu erörtern sind, zu berücksichtigen.

I. Die Sachenmiethe. Der Sprachgebrauch unterscheidet von der Miethe die Pacht[1]), wenn eine fruchttragende Sache, z. B. ein Landgut, eine Viehheerde, eine Mühle, Gegenstand des Geschäftes ist[2]), und dann wieder bei Grundstücken allgemein die Erbpacht und die Zeitpacht. Hier ist nur von der Miethe auf Zeit die Rede, indem die Pacht und insbesondere die Erbpacht im Landwirthschaftsrechte zu behandeln sind.

Da durch den Miethvertrag nur ein obligatorisches Rechtsverhältniß begründet wird, so läßt sich dasselbe gegen einen dinglichen Anspruch dritter Personen nicht aufrecht erhalten, und daher entspricht die Regel: Kauf bricht Miethe, wenn sie auf die Zeit nach der Uebertragung des Eigenthums an den Käufer bezogen wird, durchaus den allgemeinen Grundsätzen des gemeinen Rechts[3]). Nach der älteren deutschen Rechtsanschauung war aber auch in dieser Beziehung die Herrschaft des Eigenthumsbegriffs beschränkt, indem der Miether von Grundstücken während der bedungenen Miethzeit von dem Käufer nicht ausgetrieben werden konnte[4]). Jetzt ist das römische Recht auch in dieser Beziehung zur gemeinrechtlichen Geltung gelangt; doch ist in Particularrechten das Princip des einheimischen Rechts nicht selten beibehalten worden[5]).

---

[1]) Vgl. überhaupt v. Brünneck, zur Geschichte der Miethe und Pacht. Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Germanistische Abtheilung I. S. 138—90. Miethe von meta, Preis; Pacht von pactum. In Norddeutschland sagt man für miethen auch heuern, namentlich wenn der Vertrag über Grundstücke abgeschlossen wird, so wie bei der Dienstmiethe des Schiffsvolks und Gesindes; im letzteren Fall kommt auch der Ausdruck „sich verdingen" (von Geding) vor.

[2]) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 21. §. 258. — Oesterr. Gesetzb. §. 1091.

[3]) Glück, Commentar XVIII. S. 11—19.

[4]) Jydske Lov. B. II. Cap. 32. §. 3. vgl. Paulsen, Lehrbuch §. 99. — Ostfr. Landr. Th. II. Cap. 270. — Verm. Sachsensp. (Ortloff) B. IV. Cap. 4. Dist. 5. — Goslar. Stadtr. (Göschen) S. 24. Z. 19 ff. — Zürich. Rathserkenntniß v. 1487. bei Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich II. S. 279.

[5]) Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 9. Art. 13. „Wann einer sein hauß auff ein oder mehr Jahr verheuret hat, und mitler weile dasselbige verpfendet, verkaufft, oder sonst alienirt: So sol solcher Contract allezeit dem Heurer an seinem habenden Rechte und noch restierender Zeit, unvorfenglich sein." — Lüne-

Dasselbe ist aber nicht über seine ursprüngliche Bedeutung auszudehnen; es schützt nur den Miether gegen das einseitige Kündigungsrecht des Käufers, so daß er nicht allein auf eine Entschädigungsklage gegen den Vermiether angewiesen ist; in andern Beziehungen wird aber die Dinglichkeit des Rechtsverhältnisses dadurch nicht begründet[6]). — Auch sonst kommen noch hie und da bei der Miethe von Grundstücken abweichende Bestimmungen vor, z. B. ein Pfändungsrecht des Vermiethers an den Effecten des Miethers, besondere Regeln über die Relocation; doch sind sie vereinzelt und lassen sich mit älteren Rechtsgrundsätzen in keine sichere Verbindung bringen[7]).

II. Die Dienstmiethe. Dieselbe scheidet sich in die locatio operarum und operis; es wird später noch wiederholt sich die Gelegenheit bieten, auf diese Vertragsverhältnisse in ihrer besonderen Anwendung zurückzukommen.

a. Dies gilt namentlich von den verschiedenen Arten der Gewerbsgehülfen. Im Allgemeinen ist zu bemerken, daß der Begriff der Miethe

---

burg. Stadtr. Th. II. Tit. 15. — Mainz. Landr. Tit. 27. §. 3. (Ueber die Frankf. Reformation Th. II. Tit. 14. §. 11. vgl. Souchay, Anmerkungen I. S. 323—26.) — Pr. A. L. R. a. a. O. §. 350. „Auch innerhalb der contractmäßigen Zeit muß der Pächter oder Miether sich die Aufkündigung gefallen lassen, wenn der Fall einer nothwendigen gerichtlichen Veräußerung der Sache eintritt. §. 358. Durch einen freiwilligen Verkauf wird in den Rechten und Pflichten des Miethers oder Pächters nichts geändert." — Code civ. Art. 1743. Das Oesterr. Gesetzb. läßt hier dasselbe Mittel wie bei dem Näherrecht zu, s. §. 1095. „Wenn ein Bestandvertrag in die öffentlichen Bücher eingetragen ist; so ist das Recht des Bestandnehmers als ein dingliches Recht zu betrachten, welches sich auch der nachfolgende Besitzer auf die noch übrige Zeit gefallen lassen muß."

6) Mittermaier, Grundsätze II. §. 292. — Wie Albrecht, Gewere S. 278. Note 798. annehmen kann, der Grundsatz: Kauf bricht nicht Miethe, schließe sich an die allgemeinen Principien über die gemeine Gewere an, ist mir nicht klar. Denn es wird doch zuletzt auf eine Collision der Gewere durch Auflassung, aber ohne Besitz, und der Gewere auf Grund eines Vertrages hinauskommen, und da läßt sich nicht wohl einsehen, warum die letztere nach allgemeinen Principien vorgehen soll. Ein Widerspruchsrecht gegen die Vornahme der Auflassung hatte der Miether natürlich nicht, s. Verm. Sachsensp. a. a. O. — Für das heutige Recht sucht K. Ziebarth, die Realexecution und die Obligation (Halle 1866.) S. 215 ff. 316 ff. aus der von ihm auf Grund der s. g. Realexecution (im Gegensatze zu der Execution auf den Geldwerth) construirten neuen Kategorie von dinglichen Rechten auch die Dinglichkeit des Miethsverhältnisses zu erweisen.

7) Ueber das Pfändungsrecht s. Auer, Stadtrecht von München S. LXXI., vgl. Paulsen a. a. O. §. 99., über die Relocation im Allgemeinen Glück, Commentar XVII. S. 274 ff. Von der Abtretung der Gutspachtung (Pachtabstand) ist im Landwirthschaftsrecht zu handeln; über die Cession des Pachtcontracts durch den Verkäufer an den Käufer s. Heise und Cropp, juristische Abhandlungen II. Nr. 10. Vgl. unten §. 196. Nr. VI.

nicht bei solchen Diensten zur Anwendung kommt, welche eine besondere Geschicklichkeit oder eine künstlerische oder wissenschaftliche Ausbildung voraussetzen, und im Dienst- oder Anstellungsvertrag bedungen werden; dieser kann nach Analogie des Staatsamtes selbst auf Lebenszeit geschlossen werden[8]).

b. Die locatio conductio operis kommt in verschiedener Anwendung als Entreprise- oder Verdingungsvertrag vor, und hat die Herstellung eines Werkes, die in sich abgeschlossene, dauernde Thätigkeit für die Erreichung des bestimmten Zweckes zum Gegenstande, wobei durch die Lieferung des Materials der Begriff des Kaufvertrages maaßgebend werden kann[9]).

c. Hier ist das Gesinderecht zu erörtern; denn obgleich der Inhalt desselben nicht rein obligatorisch ist, da der Dienstbote in eine allgemeinere Abhängigkeit zu der Brodherrschaft tritt und sich der Hausordnung fügen muß, so hängt doch die Dauer des Verhältnisses von der freien Willensbestimmung der Betheiligten ab, was die dem Familienrecht zugewandte Seite desselben als die untergeordnete erscheinen läßt. Der Vertrag stellt sich vielmehr als das herrschende Princip dar, wenn auch Sitte und Herkommen oder das Gesetz ihm eine bestimmte Richtung geben und genauere contractliche Verabredungen zu ersetzen pflegen, wodurch wieder in Verbindung mit den Ansprüchen der Herrschaft auf Aufrechthaltung der Hausordnung für manche Beziehungen, statt der Zuständigkeit der ordentlichen Civilgerichte die der Polizeibehörden begründet wird. Im Allgemeinen aber unterscheidet sich die rechtliche Lage des Gesindes von der anderer Personen, welche gleichfalls ihre Dienste vermiethen, theils durch die Beschaffenheit der übernommenen Arbeit, theils durch das nähere Verhältniß zur Herrschaft, indem es nicht allein in deren Kost und Lohn steht, sondern auch dem Haushalte derselben angehört.

Weil aber Sitte und Herkommen und die besonderen Verhältnisse der verschiedenen Gegenden auf das Gesinderecht einen so überwiegenden Einfluß ausüben, so eignet sich das gemeine Privatrecht nicht für eine genauere Darstellung desselben[10]), und wo die Particulargesetzgebung

---

[8]) Vgl. die Erk. der O. A. Gerichte zu Stuttgart, München und Darmstadt bei Seuffert VI. Nr. 30. XIV. Nr. 135.

[9]) Vgl. Gruchot, zur Lehre von dem Werkverdingungsvertrag in dessen Beiträgen XIII. Nr. 1. — Endemann, Handelsrecht §. 150—52. — R. O. H. G. IX. Nr. 51. XIV. Nr. 19. — Seuffert XXIX. Nr. 23. XXX. Nr. 243.

[10]) Oesterr. Gesetzb. §. 1172. „Die Rechte und Pflichten zwischen den Dienstherren und dem Dienstgesinde sind in den besonders darüber bestehenden Vorschriften enthalten.“ — Ueber die Gewerbsgehülfen und Arbeiter im Gegensatze zu dem Gesinde ist später im Berg-, Gewerbe-, Handels- und Seerecht zu handeln.

umfassende Normen aufgestellt hat, tragen dieselben zum Theil den Charakter polizeilicher Vorschriften an sich[11]). Bestimmungen über ein Vorzugsrecht des Liedlohns im Concurse[12]), über die Verpflichtung der Herrschaft, sich wenigstens vorläufig des erkrankten Gesindes anzunehmen[13]), über die Ehe des Dienstboten als Grund, das Dienstverhältniß von seiner Seite aufzuheben[14]) u. s. w. wiederholen sich meistens in den verschiedenen Rechtsquellen, wenn auch mit manchen Abweichungen. Im Allgemeinen ist an dem Grundsatz festzuhalten, daß das Gesinde der Herrschaft zum Gehorsam verbunden ist, daß ihm aber nichts Unehrbares, Gesetz- und Vertragswidriges zugemuthet werden darf, und die wechselseitigen Beziehungen nach den Regeln der Sitte und des guten Glaubens zu beurtheilen sind. Ein Züchtigungsrecht der Herrschaft ist nur da anzunehmen, wo es ausdrücklich eingeführt ist, und selbst dann

11) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 5. An die Stelle dieser Vorschriften und der einzelnen Provinzialgesindeordnungen ist später für den Theil der Monarchie, in welchem das A. L. R. Gültigkeit hat, die Gesindeordnung v. 8. Nov. 1810. getreten; für Neu-Vorpommern und Rügen gilt eine besondere Gesindeordnung v. 11. Apr 1845. Vgl. Koch, Lehrbuch II. §. 780–88. Ueber andere Particularrechte s. Haubold, Lehrbuch §. 95–104. — Reyscher, gemeines und württemb. Privatrecht II. §. 453. – Grefe, Hannovers Recht II. § 99. — Steinacker, braunschweig. Privatrecht §. 32–36. — v. Kamptz, mecklenburg. Civilrecht §. 141. — Paulsen, Lehrbuch §. 107. — Baumeister, Hamburg. Privatrecht I. §. 52. — Vgl. überhaupt Dorn, Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesinderechts. Erlangen 1794. — G. P. F. Mölling, Versuch einer systematischen Darstellung des holsteinisch-deutschen Gesinderechts. Oldenburg 1832. — Ortloff, Grundzüge S. 560–61. und überhaupt Neubauer, Zusammenstellungen des in Deutschland geltenden Rechts betreffend verschiedene Rechtsmaterien S. 145—72.

12) Mittermaier, Grundsätze II. §. 294. Note 24. nimmt für dies, schon im Sächs. Landr. B. I. Art. 22. anerkannte Vorzugsrecht ein allgemeines Gewohnheitsrecht an. Vgl. Heimbach, Lehrbuch §. 120. Note 5. Jetzt gilt R. K. O. §. 54. „Die Concursforderungen werden nach folgender Rangordnung, bei gleichem Range nach Verhältniß ihrer Beträge, berichtigt: 1) die für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens oder dem Ableben des Gemeinschuldners rückständigen Forderungen an Lohn, Kostgeld oder anderen Dienstbezügen der Personen, welche sich dem Gemeinschuldner für dessen Haushalt, Wirthschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft zu dauernden Diensten verdungen haben." — Nach §. 19. haben, im Falle die Dienstherrschaft in Concurs geräth, beide Theile ein Kündigungsrecht. — Das Reichsges. betreffend die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes vom 21. Juni 1869. (vgl. R. O. H. G. XXIV. Nr. 94.), wenn auch formell für das Gesinde geltend, ist für dasselbe doch von geringer Bedeutung.

13) Gewöhnlich wird ein Unterschied gemacht, ob sich der Dienstbote die Krankheit im Dienste zugezogen hat oder nicht, und im ersteren Fall der Herrschaft die Verpflichtung auferlegt, für seine Kur und Verpflegung zu sorgen, s. Pr. A. L. R. a. a. O. §. 86. 87. — Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 9. Art. 8.

14) Sächs. Landr. B. II. Art. 33. — Lüb. Stadtr. B. III. Tit. 8. Art. 5. — Hamburg. Stadtr. a. a. O. Art. 4.

darf es nicht in einer Weise ausgeübt werden, daß Gesundheit oder Ehre des Dienstboten darunter leiden[15]). Auch Beleidigungen und Schmähungen, welche die Herrschaft dem Dienstboten zufügt, sind strafbar, wenn auch das allgemeine Abhängigkeitsverhältniß desselben bei der Beurtheilung des einzelnen Falles in Betracht zu ziehen ist[16]).

§. 114.

Das zinsbare Darlehen.

Obgleich die Zinsverbote des canonischen Rechts schon früh bei den Deutschen Geltung erhielten[1]), so war dies doch für den Geschäftsverkehr von geringer Wichtigkeit, weil im Allgemeinen das Rentengeschäft und das nutzbare Pfand die Stelle des zinsbaren Darlehens vertraten, und die Gelegenheit zur vortheilhaften Anlegung von Capitalien gewährten[2]). Für beide Geschäfte bestand kein gesetzliches Maaß des jährlichen Ertrags, so daß die Gelder oft zu sehr hohen Procenten angelegt wurden. Als daher die Reichsgesetzgebung darauf bedacht war, überhaupt dem Wucher zu steuern, und eine Reihe von Verträgen aus diesem Grunde verbot,

---

15) v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen VII. Nr. 37. — Eichhorn, Einleitung §. 328. — Mittermaier, Grundsätze II. §. 294. Von vielfachem Interesse ist folgende Stelle des Kaiserrechts (Endemann) Bd. II. Cap. 28. „Ein iglich man, dem got hat beschert, daz er hat gesinde, beide magede und knechte, der en hat kein recht uber sie nit, dan alz vil alz im ir dienst gevellet um sinen lon. und komt ez also, daz sich zorn under in hebet, wez dan die schulde ist, der mag dem andern urloub geben mit rechte, un geht die unschulde den knecht an, so sal der herre im sinen verdienten lon geben, ab er von im wil scheiden, ist aber die schulde des knechtes, und were gern von deme heren, des en hat er kein recht, wan er muz dem heren dienen, biz an die zit, die er gedingt hat. legt auch der here sine hende an den knecht mit unschulde zu zorne und zu slahen, dez muz er dem keiser verbuzzen. Sint der keiser in des riches recht gesc. (schriben) hat: wer umb lon gewunnen ist, den ensal man nit unrecht tun; un me ist auch gesc. von dem keiser: wer siner erbait lebt, der sal des riches frid han."

16) v. Bülow und Hagemann a. a. O. — Strube, rechtliche Bedenken II. Nr. 294.

1) Capit. ai 806. cap. 1. (Pertz, L. L. I. p. 144.) — Capit. Langob ai 813. cap. 10. (l. c. p. 193.) — Capit. Olonn. ai 825. cap. 5. (l. c. p. 249.) — Capit. Wormat. ai 829. cap. 20. (l. c. p. 343.) — Capit. Picin. ai 850. cap. 19. (l. c. p. 404.) — Glosse zum Sächs. Landr. B. I. Art. 54. Vgl. überhaupt v. Meiern, Gedanken von der Rechtmäßigkeit des sechsten Zins-Thalers in Deutschland. Hannover 1732. 4. — M. Neumann, Geschichte des Wuchers in Deutschland bis zur Begründung der heutigen Zinsgesetze (1654.). Halle 1865.

2) S. oben §. 101. und insbesondere über die Höhe der Renten das. Note 11. Uebrigens ward, wie einzelne Fälle zeigen, das zinsbare Darlehen, auch abgesehen von den Privilegien der Juden, nicht ganz unterdrückt, s. Neumann a. a. O. S. 512 ff.

wandte sie auch ihre Aufmerksamkeit auf den Kaufpreis der Renten, und setzte als das höchste Maaß desselben fünf Procent fest, verfügte auch, daß die Kündigung nicht von dem Capitalisten (dem Rentenkäufer), sondern nur von dem Schuldner ausgehen dürfe[3]). In dieser letzteren Vorschrift liegt schon eine Andeutung, daß man den Rentenkauf durch Nebenverträge in das zinsbare Darlehen umzusetzen versuchte, und wenn auch die Reichsgesetzgebung und die Praxis der Reichsgerichte einer solchen Umwandlung des Geschäfts entgegentraten, so zeigte sich doch das Bedürfniß des gesteigerten Verkehrs mächtiger als dieses Bestreben. Schon in der zweiten Hälfte des sechszehnten Jahrhunderts ließen einzelne Landesgesetze eine Zinsberedung bei dem Darlehen oder doch beiden Theilen die Kündigung beim Rentenkauf frei[4]), und die Reichsgerichte gestatteten wenigstens bei dem Verzuge dem Gläubiger, sein Interesse, und zwar in der Regel zu fünf Procent zu liquidiren, was denn auch die Anerkennung der Gesetzgebung fand[5]). So machte sich das zinsbare Darlehen allmählich freie Bahn[6]), und das Unglück des dreißigjährigen Krieges nöthigte auch die Reichsgesetzgebung, indem sie für die während desselben entstandenen Schulden Vorsorge treffen wollte, auf Renten und

---

[3]) Zuerst wurde im R. A. v. 1500. Tit. 32. (N. S. II. S. 81.) dem Reichsregiment überlassen, „der Widerkäuff halben ziemliche Form, Maaß und Ordnung fürzunehmen und zu machen." Dann folgten die gesetzlichen Bestimmungen: R. P. O. v. 1530. Tit. 26. §. 8. (a. a. O. S. 342.) — R. P. O. v. 1548. Tit 17. §. 8. (a. a. O. S. 597.) — R. P. O. v. 1577. Tit. 17. §. 9. (a. a. O. III. S. 387.) vgl. Tit. 20. §. 6.

[4]) Neumann a. a. O. S. 545 ff. Das Edict Erzbischofs Heinrich von Bremen vom Jahre 1580., über welches D. Mevius seinen Commentar schrieb (s. unten Note 8.), gestattet den Eingesessenen ausdrücklich gegen die R. P. O. sechs Procente zu verschreiben und dem Käuffer (Gläubiger) die Kündigung frei zu lassen. Es wird dabei auf den gleichen Gebrauch der benachbarten Fürstenthümer, Lande und Städte Bezug genommen. Die Frankfurter Reformation Th. II. Tit. 11. §. 10. 11. erkennt das zinsbare Darlehen unumwunden an; über den schwer zu vereinigenden Inhalt beider §§. vgl. Souchay, Anmerkungen I. S. 263—67.

[5]) R. D. A. v. 1600. §. 139. (N. S. III. S. 494.). Vgl. Gaill, pract. observatt. II. obs. 5. nr. 14. 15. — Ueber das ältere Recht, welches auch unter der Herrschaft des canonischen Zinsverbotes beim Darlehen den Schuldner zum Ersatze des Schadens aus dem Verzuge verpflichtete, s. Neumann a. a. O. S. 192 ff.

[6]) Das Württemb. Landr. v. 1610. Th. II. Tit. 1. steht noch auf dem Standpunkt des R. D. A.'s, aber bereits im Jahre 1620. wurde es gestattet, Geld um einen gewöhnlichen landläufigen Zins auszuleihen, der dann später auf fünf Procent festgestellt wurde; s. Wächter, Handbuch I. S. 496—500. Die Nassau-Katzenelnbogische Landesordnung von 1616. Th. I. Cap. 9. §. 7. erlaubt bei dem Darlehen Zinsen (fünf bis sechs Procent), und so noch viele andere Statuten des 17. Jahrhunderts.

Zinsen aus Darlehen gleichmäßige Rücksicht zu nehmen, und für beide die schon früher angenommenen fünf Procent als das gesetzliche Maaß aufzustellen [7]).

Von nun an konnte das canonische Zinsverbot sich in keiner Weise mehr halten. Hatte auch die Reichsgesetzgebung das zinsbare Darlehen nur mittelbar und für eine bestimmte Zeit anerkannt, so legte die Praxis doch ihrer Verfügung einen allgemeineren Sinn unter, und wandte die früheren Vorschriften über das gesetzliche Maaß des Rentenpreises als allgemeine Norm über den Zinsfuß an [8]).

I. Die allgemeine Bedeutung der hier geschilderten Rechtsentwickelung geht über den Kreis des Darlehens hinaus. Bei der Aufnahme des römischen Rechts im funfzehnten und sechszehnten Jahrhundert hatte das canonische Zinsverbot es verhindert, daß auch die römische Lehre von den Zinsen in Deutschland zur Geltung kam. Mit der Hinwegräumung des Hindernisses stand der Aufnahme jener Lehre kein Bedenken mehr entgegen; sie ist nachträglich durch das Gewohnheitsrecht erfolgt, indem nur für die Höhe des Zinsfußes selbständige Normen ausgebildet wurden. Die übrigen Vorschriften des römischen Rechts über Zinsen, insbesondere auch das Verbot der Zinsen von Zinsen (Anatocismus) und der Steigerung rückständiger Zinsen über den Belauf des Hauptstuhls (ultra alterum tantum) sind zur gemeinrechtlichen Geltung gelangt [9]).

II. Der gesetzliche Zinsfuß des gemeinen Rechts betrug bisher fünf Procent. Doch waren ausnahmsweise höhere Zinsen gestattet, z. B. bei gewagten Geschäften, unter Kaufleuten, bei Wechseln [10]), und auch hiervon abgesehen war der sechste Zinsthaler zwar unerlaubt, begründete

---

7) Die Aussicht auf eine allgemeine Anordnung wegen der Schulden aus den Kriegszeiten gab das J. P. O. art. VIII. §. 5. De indaganda etc. (N. S. III. S. 591.), und darauf erfolgte, nachdem die Reichsgerichte mit ihren Gutachten gehört waren, die Vorschrift des J. R. A. v. 1654. §. 174. (a. a. O. S. 672.). Die erwähnten Bedenken und das Reichsgutachten mit dem Protokoll des Fürstenrathes s. bei v. Meiern a. a. O. Beilagen Nr. 4—10. Vgl. Neumann a. a. O. S. 551 ff.

8) D. Mevius, rechter Verstand, sonderbahrer Nutz und rechtliche Uebung des Hertzogthums Bremen Constitution von wucherlichen Contracten Th. I. Cap. 6. §. 9. Cap. 7. §. 7. Diese Schrift ist nach des Verfassers Tode herausgegeben von dessen Erben, Wismar 1671. 4.

9) Thibaut, System I. §. 197. 198. — Mittermaier, Grundsätze II. §. 275. — Dagegen hält Glück, Commentar XXI. S. 109 ff. 119. inconsequenter Weise die usurae ultra alterum tantum für erlaubt (das H. G. B. Art. 293. läßt sie nur bei Handelsgeschäften zu), während er für den Anatocismus das römische Verbot anwenden will. Ueber letzteren s. noch Seuffert II. Nr. 150.

10) W. O. §. 50. 51. — H. G. B. Art. 287. 292.

aber noch keinen Wucher[11]). Auch haben Particularrechte, zunächst wohl auf Grund der römischen Vorschrift, sechs Procent allgemein als ein erlaubtes Zinsmaaß anerkannt[12]). Der Begriff des gesetzlichen Zinsfußes begreift übrigens sowohl die erlaubten wie die landüblichen Zinsen: erstere bestimmen das Maaß rechtsgültiger Zinsberedungen, letztere stellen die gesetzliche Regel dar, welche ohne besondere Verabredung zur Anwendung kommt, z. B. bei Verzugszinsen. Einzelne Particularrechte haben jedoch für beide ein verschiedenes Maaß aufgestellt[13]).

III. Die Entwickelung des modernen Verkehrs gestattete nicht mehr die Beschränkung der vertragsmäßigen Zinsen auf ein bestimmtes Maaß, und nachdem das Handelsgesetzbuch (Art. 292.) sie bei Darlehen, welche ein Kaufmann empfängt, und bei Schulden eines Kaufmannes aus Handelsgeschäften aufgehoben und zahlreiche Landesgesetze dies zur Regel erhoben hatten[14]), ist die Lehre durch die Reichsgesetzgebung gemeinrechtlich geordnet worden[15]).

a. Das Maaß der Zinsen unterliegt der freien Vereinbarung; dasselbe gilt von jeder anderen Vergütung bei Darlehen und andern Creditgeschäften so wie von Conventionalstrafen. Die entgegenstehenden

---

11) Mehr hat v. Meiern in der angeführten Schrift nicht dargethan. Dieselbe bezieht sich übrigens zunächst auf einen Proceß zwischen v. Knigge und Sachsen-Eisenach, und hat zu weiteren Erörterungen geführt, s. Refutation derer Meierischen Gedanken u. s. w. Frankf. und Leipzig 1734. 4. — Antwort auf die s. g. Refutation u. s. w. Hannover 1734. 4. — Anhang zur Antwort u. s. w. s. l. 1735. 4. — Die Particularrechte, welche dem gemeinen Rechte folgen, weichen übrigens in der rechtlichen Beurtheilung des sechsten Zinsthalers unter einander ab; während z. B. in Braunschweig auf Zurückerstattung erkannt ward (Steinacker §. 102.), konnte er in Mecklenburg nur nicht eingeklagt werden, s. v. Kamptz, Civilrecht §. 114. Note 10. Vgl. Elvers, pract. Arbeiten Nr. 5. — In Württemberg ist das Verbot des sechsten Zinsguldens im Jahre 1806. aufgehoben worden, s. Reyscher II. §. 404.

12) Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 1. Art. 4. — Hohenloh. Landr. Th. III. Tit. 12. §. 6. — D. Mevius a. a. O. I. Cap. 6. §. 8. In manchen Ländern hat die Gesetzgebung je nach dem Bedürfniß des Geldverkehrs sehr geschwankt, s. v. Kamptz a. a. O. §. 114.

13) Oesterr. Gesetzb. §. 994.

14) S. die Nachweisungen bei Goldschmidt, Zeitschr. für Handelsr. VIII. S. 218—21. 497—98.

15) R. G. betreffend die vertragsmäßigen Zinsen, v. 14. Nov. 1867. (für Baiern gilt noch das Gesetz v. 5. Dec. 1867. abgedruckt bei Goldschmidt a. a. O. XII. Beilageheft S. 201.) Vgl. Randa, zur Lehre von den Zinsen und der Conventionalstrafe. Mit Rücksicht auf das österr. Gesetz v. 14. Juni 1868. und das norddeutsche Bundesgesetz v. 14. Nov. 1867. Wien 1869. Das österr. Gesetz, welches die Wucherstrafen nur abgeändert, nicht aufgehoben hat, ist abgedruckt bei Goldschmidt a. a. O. XI. S. 341—43.

privatrechtlichen und strafrechtlichen Bestimmungen — also die s. g. Wuchergesetze — sind aufgehoben (§. 1.)[16]).

b. Wer dem Gläubiger mehr als sechs Procent versprochen hat, ist zur halbjährigen Kündigung des Capitals befugt, auch wenn er auf dieses Kündigungsrecht verzichtet hat.

1. Die Befugniß zur Kündigung tritt jedoch erst ein halbes Jahr nach der Begründung der Zinsverbindlichkeit ein[17]).

2. Sie ist überhaupt ausgeschlossen bei Inhaberpapieren, bei Darlehen eines Kaufmanns und bei Schulden des Kaufmannes aus Handelsgeschäften (§. 2. Abs. 3.).

3. Landesgesetze dürfen bestimmen, daß die Kündigungsfrist ganz wegfalle, oder daß ein höherer Zinssatz als sechs Procent oder eine längere Kündigungsfrist als sechs Monate für die bezeichnete Befugniß maaßgebend sei (§. 5.).

c. Verzugszinsen werden nach dem vertragsmäßig festgestellten Zinssatz berechnet, wenn dieser höher ist als das gewöhnliche Maaß der gesetzlichen Verzugszinsen (§. 3.).

d. Die privatrechtlichen Bestimmungen in Betreff der Zinsen von Zinsen und die Vorschriften für die gewerblichen Pfand-Leihanstalten bleiben fortbestehen (§. 4.). Aufgehoben sind also die Strafen wegen des Anatocismus und überhaupt das Verbot der Zinsen ultra alterum tantum.

e. Privatrechtliche Bestimmungen enthält auch das Reichsgesetz vom 24. Mai 1880. Dasselbe berührt freilich zunächst das Strafrecht, indem es in Art. 1 dem Strafgesetzbuch §. 302, welcher nur den gegen Minderjährige verübten Wucher betrifft, vier neue §§. (302a—302d) hinzufügt, in denen der Wucher definirt und auch gegen Andere unter Strafe

---

16) Nicht aufgehoben ist das Verbot des pactum commissorium bei Verpfändungen, s. Seuffert XXIX. Nr. 114.

17) R. G. §. 2. „Derjenige welcher für eine Schuld dem Gläubiger einen höheren Zinssatz als jährlich sechs vom Hundert gewährt oder zusagt, ist zu einer halbjährigen Kündigung des Vertrages befugt. Jedoch kann er von dieser Befugniß nicht unmittelbar bei Eingehung des Vertrages, sondern erst nach Ablauf eines halben Jahres Gebrauch machen." — Das Gesetz ist nicht gut redigirt und es kann zweifelhaft erscheinen, von welchem Zeitpunkt an das Kündigungsrecht gewährt ist. Berücksichtigt man aber den Grund des Gesetzes und erwägt, daß es sich hier regelmäßig um Darlehen handelt, welche nach der richtigen Ansicht auch jetzt noch als Realcontracte gelten, so wird die Ansicht gerechtfertigt sein, daß der Schuldner die vertragsmäßig über sechs Procent übernommenen Zinsen ein halbes Jahr zu zahlen verpflichtet sein soll. Vgl. auch die Aeußerung des Abg. Schwarze in den Verhandlungen des Reichstages v. 10. Oct. 1867. (Stenogr. Berichte S. 332 ff.) Wollte man die Stelle anders auslegen, so würde die Kündigung möglicher Weise statt finden können, ehe überhaupt Zinsen zu zahlen wären.

gestellt wird. In Art. 3. werden dann die Verträge, welche gegen die neueren Bestimmungen verstoßen, für ungültig erklärt[18]).

IV. Es ist früher des Rentenkaufs in seinem Uebergange zum modernen Hypothekenrecht erwähnt worden (s. oben §. 101. Note 23—25.), hier sehen wir ihn sich in das zinsbare Darlehen auflösen. Das letztere Geschäft beherrscht seitdem den Geldverkehr, wird aber freilich nach der Einführung der allgemeinen Wechselfähigkeit durch die deutsche Wechselordnung einen Theil seines Einflusses an die formelle Vertragsform wieder abgeben müssen, wie auch das Mutuum des römischen Rechts häufig in den Kreis der Stipulation hineingezogen ward. Im Allgemeinen ist nun freilich das Mutuum in seiner römischen Gestalt und also als Realcontract bei uns aufgenommen worden; es erstreckt sich auch nicht allein auf Geldanleihen, sondern kann auch über andere fungibele Sachen geschlossen werden[19]). Indessen ist doch ein wesentlicher Unterschied zwischen dem heutigen und dem römischen Rechte darin begründet, daß jetzt auch in diesem Falle eine bonae fidei negotium vorliegt (s. oben §. 53. Note 10.), was sich unter Anderem da-

---

[18]) R. G. betreffend den Wucher vom 24. Mai 1880. Art. 3. „Verträge, welche gegen die Vorschriften der §§. 302^{a}, 302^{b} des St. G. B.'s verstoßen, sind ungültig. — Sämmtliche von dem Schuldner oder für ihn geleisteten Vermögensvortheile (§. 302^{a}) müssen zurückgewährt und vom Tage des Empfanges an verzinst werden. Hierfür sind diejenigen, welche sich des Wuchers schuldig gemacht haben, solidarisch verhaftet, der nach §. 302^{c} des St. G. B. Schuldige jedoch nur in Höhe des von ihm oder einem Rechtsnachfolger Empfangenen. Die Verpflichtung eines Dritten, welcher sich des Wuchers nicht schuldig gemacht hat, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. — Das Recht der Rückforderung verjährt in fünf Jahren seit dem Tage, an welchem die Leistung erfolgt ist. — Der Gläubiger ist berechtigt, das aus dem ungültigen Vertrage Geleistete zurückzufordern; für diesen Anspruch haftet die für die vertragsmäßige Forderung bestellte Sicherheit. Die weitergehenden Rechte eines Gläubigers, welchem nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts die Ungültigkeit des Vertrages nicht entgegengesetzt werden kann, werden hierdurch nicht berührt."

[19]) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 653. „Das eigentliche Darlehen ist ein Vertrag, vermöge dessen jemand gangbares ausgemünztes Geld, oder geldwerthe an jeden Inhaber zahlbare Instrumente, unter bedungener Wiedererstattung in gleicher Qualität und Quantität, einem Andern zum Verbrauche übergiebt. §. 853. Sind Sachen, welche nicht unter die Gegenstände des eigentlichen Darlehens gehören, mit der Bedingung gegeben worden, daß eben so viel Sachen von gleicher Art und Beschaffenheit zurückgegeben werden sollen, so finden in der Regel alle wegen des eigentlichen Darlehens ertheilten Vorschriften Anwendung." Vgl. Bornemann, systemat. Darstellung III. S. 181—82. — Oesterr. Gesetzb. §. 984. „Ein Darleihen wird entweder in Geld oder in andern verbrauchbaren Sachen, und zwar ohne oder gegen Zinsen gegeben. Im letzteren Fall nennt man es auch einen Zinsenvertrag. §. 985. Ein Gelddarlehen kann klingende Münze, oder Papiergeld, oder öffentliche Schuldscheine (Obligationen) zum Gegenstande haben."

durch wirksam erweist, daß eine Zinsberedung durch einen Nebenvertrag hinzugefügt werden kann. — Das Darlehen selbst wird freilich erst durch die Uebergabe der Sache vollendet. Dies schließt aber die Möglichkeit nicht aus, daß sich die Betheiligten durch eine Vertragsverabredung über die künftige Abschließung des Geschäftes bindend vereinigen, und also eine Klage beziehungsweise auf die Herausgabe und die Annahme der Sache erwerben (pactum de mutuando)[20]. Dabei muß jedoch vorausgesetzt werden, daß bei einem Geschäfte, welches sich auf Vermögensverhältnisse bezieht, auch wirklich ein schätzbares Interesse für den einen oder den andern Theil besteht. Während man ein solches z. B. für den Darleiher, welcher die Sache unentgeltlich hergeben will, nicht annehmen kann, wird es umgekehrt auch bei dem, welcher die Sache empfangen soll, fehlen, wenn er sich nicht ausbedungen hat, daß er dieselbe wenigstens eine gewisse Zeit unkündbar behalten darf. Unter dieser Voraussetzung muß aber nach dem allgemeinen Princip der heutigen Vertragslehre ein solches Uebereinkommen für bindend und rechtsbeständig angesehen werden, und die Klage und folgeweise das Urtheil ist zunächst auf die Erfüllung desselben zu richten, wenn auch bei der etwa sich ergebenden Unmöglichkeit der Vollstreckung, die aber doch nicht unbedingt anzunehmen ist, der Gegenstand des Streites sich zuletzt in die Leistung des Interesse auflösen wird. Eine Schwierigkeit ist freilich nicht zu verkennen. Es kann sich nach dem Abschluß der Vertragsverabredung die Sicherheit des Empfängers so verschlimmert haben, daß der Darleiher unmöglich noch geneigt sein wird, das Geschäft auszuführen, ja der erstere kann geradezu zahlungsunfähig geworden sein; — soll nun das Uebereinkommen doch aufrecht erhalten werden? Die neuere Gesetzgebung hat auf diesen Umstand besondere Rücksicht genommen, und wenn er eintritt, den Darleiher seiner Verbindlichkeit enthoben[21]; aber auch nach gemeinem Recht wird sich, wenn wirklich die Rückzahlung, auf welche ja der Zweck des Hauptgeschäftes gerichtet ist, durch neue Thatsachen gefährdet erscheint, wegen des Wegfallens der im Vertrage enthaltenen Voraussetzung[22]) mit der exceptio doli helfen lassen. Es darf aber über diese Erwägung doch auch nicht verkannt werden, daß Verabredungen über ein Darlehen oft längere Zeit vor der Auszahlung getroffen werden; daß die Betheiligten, auf solche Zusicherungen gestützt, ihre Geschäfte zu ordnen pflegen, und daß nicht bloß die abstracte Regel

---

20) Glück, Commentar XII. S. 1. 2.

21) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 654—60. Vgl. Bornemann a. a. O. S. 141—43. — Oesterr. Gesetzb. §. 936.

22) Windscheid, die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. Düsseldorf 1850. — Rudorff bei Puchta, Pandekten (6. Aufl.) §. 63. Note 1.

von der allgemeinen Verbindlichkeit der Verträge, sondern auch der gute Glaube im Geschäftsverkehr und der den materiellen Interessen zu gewährende Schutz die Aufrechthaltung solcher Vereinbarungen erfordern[23]).

§. 115.

Die Bürgschaft.

Das ältere deutsche Recht verstand unter der Bürgschaft die Uebernahme der Verpflichtung, für einen Anderen zu haften und insbesondere eine fremde Schuld zu bezahlen. Dabei konnte der Bürge mit seiner Person (Leibbürge, Geisel) oder kraft des Gedinges mit seinem Vermögen für den Andern eintreten[1]). Die erste Form des Geschäftes ist in privatrechtlichen Verhältnissen ganz untergegangen; aber auch die Vermögensbürgschaft hat ihre eigenthümlich deutsche Ausbildung verloren, und ist von dem verwandten Institute des römischen Rechts verdrängt worden, nachdem dieses die Natur eines besonderen Formalcontractes verloren hatte[2]). Indessen ist das einheimische Recht in dieser Lehre nicht ohne allen Einfluß geblieben.

I. Die Quellen des älteren deutschen Rechts lassen den Bürgen in verschiedener Weise verhaftet sein. Einige fordern, daß der Hauptschuldner, wenn auch nicht bereits ausgeklagt, doch wenigstens in Verzug gekommen sei, bevor der Bürge in Anspruch genommen werden könne; andere lassen dagegen dem Gläubiger die Wahl, welchen von beiden er zuerst angreifen will[3]). Nach heutigem Rechte hat der Bürge die Ein-

---

[23]) Vgl. im Allgemeinen oben §. 108. und Seuffert II. Nr. 165. IV. Nr. 32. X. Nr. 37. XVI. Nr. 6. 103. XIX. Nr. 35. (wo die Cessibilität des Anspruchs mit Recht verneint wird.). Nr. 222. XXI. Nr. 127. XXIX. Nr. 281. XXXI. Nr. 110. (R. O. H. G.). — Flach, Entscheidungen III. Nr. 16. Die Gründe, aus welchen von dieser letzteren Erörterung in einzelnen Beziehungen abgewichen ist, ergeben sich aus dem im Texte Gesagten; s. auch oben §. 53. Note 11.

[1]) Vgl. überhaupt Stobbe, zur Geschichte des Deutschen Vertragsrechts S. 114—206. — Platner, die Bürgschaft. Eine germanistische Abhandlung. Leipzig 1857. — Girtanner, die Bürgschaft des gemeinen Civilrechts. Jena 1850—51. (S. 147—314. enthält die Dogmengeschichte).

[2]) Brinkmann, wissenschaftlich praktische Rechtskunde I. Nr. 46.

[3]) Die erste Ansicht vertritt u. a. das Kulm. Recht. III. 117., die zweite das Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 382. „Wirt ein man des andern bürge, jener habt sich an den bürgen oder an den selbstscholn, swelhen er wil, dâ hab sich an, unde ist der ander ledic." Ob das Sächs. Landr. B. III. Art. 85. §. 3. 4. auf diese Frage zu beziehen, ist mir zweifelhaft geworden, wie ich überhaupt jetzt die verschiedene Auffassung der Quellen annehme, während ich früher im älteren Rechte nur die zweite zu finden glaubte. Jedenfalls ist es unrichtig, wenn Stobbe

rede der Vorausklage, doch fällt sie weg, wenn sich der Bürge als Selbstschuldner verpflichtet, — eine Auffassung, welche nicht allein in zahlreichen Particularrechten anerkannt ist, sondern auch die gemeinrechtliche Begründung für sich hat[4]).

II. Im älteren deutschen Rechte findet sich ein dem Gesammteigenthume entsprechendes Obligationsverhältniß, welches in einer Mischung solidarischer und partieller Verhaftung besteht. Es können nämlich mehrere Personen sich einem Gläubiger gegenüber in der Art verpflichten, daß jeder Einzelne auf das Ganze belangt werden kann, derjenige aber, welcher zahlt, die Schuld aufhebt und nun von seinen Genossen pro rata Ersatz zu verlangen befugt ist[5]). Dies Verhältniß, auf dessen

---

a. a. O. S. 125. diese Stellen der Rechtsbücher auf die Bürgschaft zur gesammten Hand bezieht. Mit dem Schwabenspiegel stimmen auch andere Quellen, namentlich das Jüd. Lov. B. II. Cap. 62. überein. Ueber die den Bürgen zunächst verpflichtende Bürgschaft des altfränkischen Rechts s. Sohm, der Proceß der Lex Salica S. 220—30.

4) Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 6. Art. 7. — Württemb. Landr. Th. II. Tit. 5. §. 3. — Baier. Landr. Th. IV. Cap. 10. §. 11. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 14. §. 297. — Oesterr. Gesetzb. §. 1347. — Sächs. Gesetzb. §. 1462. — Müller, Zeitschrift für deutsches Recht I. S. 341—45. — Paulsen a. a. O. IV. S. 124—47. — Mittermaier, Grundsätze II. §. 295. Note 7. — Seuffert III. Nr. 167. IV. Nr. 43. V. Nr. 132. XVII. Nr. 36. Ueber die schweizerischen Civilgesetzbücher vgl. A. Heusler, Bürge und Selbstzahler (aus der Zeitschrift für schweizer. Recht Bd. IX.) S. 20. — Bundesgesetz über das Obligationenrecht §. 495 ff.

5) Sächs. Landr. B. III. Art. 85. §. 1. — „Svar mer lüde den ein geloven to samene en weregelt oder en ander gelt, al sin sie it plichtig to lestene, die wile it unvergulden is, unde nicht ir jewelk al, mer manlik also vele alse ime geboret, unde alse vern als man in dar to gedvingen mach von gerichtes halven die, deme it dar gelovet is, oder die it mit ime gelovede, of he it vor ine vergulden hevet. §. 2. Geloven ok vele lüde enem manne ene scult to geldene, unde untwan dat gelovede mer lüde, svar man jeneme lestet, deme man gelden sal, oder mit sinen minnen maket, dar hevet man in allen gelest, den man't gelovet habde." — Hamburg. Stadtr. v. 1270. (Lappenberg) VII. Art. 8. „So wor mer lude den eyn man lovet eneme manne een gelt, alle sint se dat schuldich to geldene, unde nicht en jewelk al, mer malk (jeder) also vele, also eme to boren mach. Mer lovet lude mit sameder hand, alle de men hebben mach, de scholen gelden to der loveden tit. Were it ok also, dat he welken vordregen wolde dor vruntschop ofte dor leve, unde mochten de anderen dat getugen, dat se alle leveden unde wol gelden mochten, so (ne) scholde malk (nicht) mer (den) syn deel gelden. Mer were erer kumpane welk dot oft verarmet, de gar leveden, oft ere erven (unde) de gelden mochten, scholden dat gut gelden alle gelik. — Lovet ok vele lude eneme manne schult to geldene unde to betalende, unde untseit (untfeit) dat lovede vele lude, unde gelt men deme men schuldich is, alle sint se ledich. Sit men ok mit syneme willen, de anderen de dat lovede untfengen, de mogen den anderen nene schuld geven." — Beide Stellen behandeln übrigens das Rechtsverhältniß, welches

bestimmtere Gestaltung die Uebernahme der Verpflichtung in der Form der gesammten Hand einwirkte[6]), mußte für die Bürgschaft von besonderer Wichtigkeit sein. Es finden sich auch in späteren Statuten noch Spuren desselben, besonders in der Clausel der Bürgschaftsbestellung: „alle für Einen und Einer für alle", oder „sammt und sonders", durch welche die Einrede der Theilung ausgeschlossen wird[7]). Umgekehrt ist aber auch particularrechtlich der Grundsatz durchgeführt, daß mehrere Bürgen in der Regel nur pro rata haften, so daß ein ausdrücklicher und specieller Verzicht erforderlich ist, wenn sie der Rechtswohlthat der Theilung entbehren sollen[8]).

III. Nach älterem Rechte hafteten die Erben nicht aus der von dem Erblasser übernommene Bürgschaft[9]). Auch dieser Grundsatz hat sich noch hie und da erhalten[10]).

IV. Ueber die Verbürgung der Weiber hat das deutsche Recht keine besonderen Bestimmungen, indem die allgemeinen Regeln über die Zuziehung von Geschlechtsvormündern bei wichtigeren Rechtsgeschäften auch hier zu

---

in der Schweiz noch von praktischer Bedeutung ist, auch nach der Seite des Gläubigers hin, indem sie mehrere Personen das ungetheilte Gelübde empfangen lassen. Vgl. über das ganze Institut Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte v. Zürich II. S. 235—47. — Trummer, Vorträge II. S. 274 ff. — Stobbe a. a. O. S. 138 ff. — Platner a. a. O. S. 114 ff.

[6]) Duncker, Gesammteigenthum §. 3.

[7]) Vgl. Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 6. §. 8. 9. — Hadeler Landr. Th. II. Tit. 4. (Pufendorf I. app. p. 15. 16.), und über die angeführte Clausel: Lüb. Stadtr. B. III. Tit. 5. Art. 2. — Wursten. Landr. Tit. VIII. §. 2. (Pufendorf l. c. p. 73.) — Württemb. Landr. Th. II. Tit. 5. — Hohenloh. Landr. Th. III. Tit. 15. §. 6. — Baier. Landr. Th. IV. Cap. 10. §. 13.

[8]) Mecklenburg. Landesreversalen v. 1621. Art. 26. — v. Kamptz, Civilrecht §. 154.

[9]) L. Burgund. tit. 82. §. 2. — Sächs. Weichbild Art. 107. — Verm. Sachsensp. B. III. Cap. 12. dist. 1. — Mittermaier, Grundsätze II. §. 295. Note 5. — Albrecht, Gewere S. 203. Note 521. — Trummer a. a. O. S. 305—19. Das Sächs. Landr. B. I. Art. 6. §. 2., auf welches sich Eichhorn, Einleitung §. 120. für die entgegengesetzte Ansicht beruft, handelt nicht von den Erben des Bürgen, sondern von dem Fall, wenn der Erbe selbst sich verbürgt hatte. Das Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 237. a. E. sagt zwar: „Bürgschaft müezen die erben gelten", und das mag auf die schwäbischen und bairischen Rechte eingewirkt haben, s. Auer, Stadtr. v. München S. LXXIV., aber gerade in dieser Lehre hat der Spiegler, der sich ja Cap. 9. ausdrücklich auf den „Meister Adrianus" beruft, dem römischen Recht Einfluß verstattet.

[10]) Nach einigen Particularrechten muß die Bürgschaft ausdrücklich auf die Erben gerichtet sein, um sie zu verpflichten, s. Mecklenburg. Landesreversalen v. 1621. Art. 25. vgl. v. Kamptz a. a. O. §. 153. — Hadeler Landr. Th. II. Tit. 4. Vgl. Pufendorf, observatt. jur. I. obs. 129. §. 2.

genügen schienen[11]). Nach der Aufnahme des römischen Rechts kamen nun freilich auch die weiblichen Bürgschaftsgerechtsame zur Geltung; doch wurde die Strenge derselben durch den gewohnheitsrechtlich festgestellten Grundsatz, daß ein Verzicht auf dieselben zulässig sei, wesentlich gemildert. Nur über die nothwendige Form desselben blieben Zweifel bestehen, indem man zwar den eidlich bestärkten Verzicht nach der Auffassung des canonischen Rechts allgemein für verbindlich hielt[12]), dagegen in der Theorie schwankte, ob außerdem auch der formlos ausgestellte gültig sei, oder die Gerichtlichkeit der Handlung und die vorgängige Belehrung (Certioration) hinzukommen müßten[13]). Die Praxis ist jedoch stets entschieden für diese Beschränkung gewesen[14]), welche auch in die meisten Particularrechte übergegangen ist[15]), indem nur für die Bürgschaft einer Regentin, sowie einer Handelsfrau für ihre Handelsgeschäfte die weiblichen Gerechtsame überhaupt nicht als gültig anerkannt werden[16]), und auf das Recht der Ehefrau die bestehende Gütergemeinschaft überhaupt modificirend einwirken muß. In neuerer Zeit haben einzelne Gesetzgebungen die Ausnahmestellung der Weiber bei der Bürgschaft entweder ganz aufgehoben oder doch sehr wesentlich beschränkt[17]).

---

11) Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen I. Nr. 10. §. 1—3.

12) J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. III. ex. 50. De efficaci mulierum intercessione cap. I. §. 9. II. §. 13. — Seuffert XX. Nr. 128.

13) Böhmer l. c. cap. II. §. 15—19. — Heise und Cropp a. a. O. §. 12.

14) Das erkennt auch v. Bülow, Abhandlungen II. Nr. 5. S. 64 an; vgl. Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 2. S. 245—46. Die Certioration erscheint in dieser Auffassung als gesetzliche (gewohnheitsrechtliche) Form, wenn sie auch aus der doctrinären Ansicht, daß man der Frau die Berufung auf einen Rechtsirrthum entziehen müsse, hervorgegangen ist.

15) Nassau-Katzenellenb. Landesordnung Cap. 15. §. 11. — Baier. Landr. Th. I. Cap. 6. §. 34. — Th. IV. Cap. 10. §. 26. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 14. §. 221—44. — Haubold, Lehrbuch §. 299a. Vgl. Sächs. Gesetzbuch §. 1650. (über die Bürgschaft der Ehefrau). — Grefe, Hannovers Recht II. §. 107. — Paulsen, Lehrbuch §. 119. Im Einzelnen kommen freilich Abweichungen vor, s. Lüb. Stadtr. B. I. Tit. 5. Art. 7. — Frankfurt. Reformation Th. II. Tit. 16. §. 11.

16) J. H. Boehmer l. c. cap. II. §. 4. 11. — H. G. B. Art. 6. Der Handelsfrau steht nach der Reichs-Gewerbeordnung v. 21. Juni 1869. §. 11. die Frau gleich, welche ein selbständiges Gewerbe treibt.

17) Oesterr. Gesetzb. §. 1349. „Fremde Verbindlichkeiten kann ohne Unterschied des Geschlechtes jedermann auf sich nehmen, dem die freie Verwaltung seines Vermögens zusteht." — K. Sächs. Mandat v. 6. Nov. 1828. vgl. Haubold, Lehrbuch (3. Aufl.) §. 299b. — Württemb. Gesetz v. 21. Mai 1828. vgl. Reyscher II. §. 478. — Preuß. Gesetz v. 1. Dec. 1869. (für den ganzen Umfang der Monarchie mit Ausschluß des Bezirkes des Appellationsgerichtshofs in Köln).

§. 116.

Der Versicherungsvertrag.*)

Die neuere Gesetzbücher führen unter der Bezeichnung: gewagte oder aleatorische Verträge, Glücksverträge eine Reihe von Rechtsgeschäften auf, bei deren Definition man von dem Begriff des Hoffnungskaufs oder des Spiels ausgegangen ist[1]), indem der Erfolg des Geschäftes bei der Ungewißheit der von der Einen oder von beiden Seiten übernommenen Leistung vom Zufalle abhängt. Auch die neuere gemeinrechtliche Theorie hat sich diese Eintheilung angeeignet, ohne sie jedoch für die Rechtswissenschaft fruchtbar machen zu können. Denn es werden darunter so verschiedenartige Geschäfte befaßt, daß die allgemeinen Grundsätze, welche für dieselben aufgestellt werden, ohne rechtliche Bedeutung sind, oder im Einzelnen nicht immer zutreffend erscheinen[2]). Mit dem Spielvertrage fällt aber diese

*) Es konnte zweifelhaft erscheinen, ob der Versicherungsvertrag nicht im Handelsrecht zu erörtern sei. Da jedoch das H. G. B. nur die Uebernahme einer Versicherung gegen Prämie zu den Handelsgeschäften rechnet und nur über die Seeversicherung Bestimmungen enthält, so war die allgemeine Darstellung des Vertrages an dieser Stelle zu geben.

[1]) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 527. „Verabredungen, nach welchen eine gewisse Sache, oder ein bestimmter Preis, gegen die Hoffnung eines künftigen, noch ungewissen Vortheils, oder gegen Ueberlassung künftiger Vortheile, die nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge zwar zu erwarten, aber an sich noch unbestimmt sind, versprochen oder gegeben wird, heißen gewagte Verträge." — Oesterr. Gesetzb. §. 1267. „Ein Vertrag, wodurch die Hoffnung eines noch ungewissen Vortheils versprochen und angenommen wird, ist ein Glücksvertrag. Er gehört, je nach dem etwas dagegen versprochen wird oder nicht, zu den entgeldlichen oder unentgeldlichen Verträgen. §. 1269. Glücksverträge sind: die Wette; das Spiel und das Loos; alle über gehoffte Rechte, oder über künftige noch unbestimmte Sachen errichtete Kauf- und andere Verträge; ferner, die Leibrenten; die gesellschaftlichen Versorgungsanstalten; endlich die Versicherungs- und Bodmereiverträge." — Code civ. art. 1964. Le contrat aléatoire est une convention réciproque, dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain. Tels sont: Le contrat d'assurance; Le prêt à grosse aventure; La jeu et le pari; Le contrat à rente viagère. — Die Schwäche der Definition des Preuß. Landrechts ist klar; die Gesetz-Revisions-Commission schlug später folgende Fassung vor: „Verträge, wodurch Vortheile, die an sich oder ihrem Begriffe nach ungewiß sind, gegen etwas Gewisses oder etwas gleichfalls Ungewisses versprochen werden, heißen gewagte Geschäfte." S. Pensum XIV. Entwurf. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 335. (Berlin 1830. 4. als Msct. gedruckt) S. 36.

[2]) Man vergleiche nur die allgemeinen Bestimmungen des Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 528—45. — Aber auch gegen die Annahme, daß bei Glücksverträgen die Verletzung über die Hälfte nicht berücksichtigt werden soll (Oesterr. Gesetzb. §. 1268. — Runde, Grundsätze §. 210.), ist zu bemerken, daß sich das nur auf

Kategorie auch nicht zusammen, weil dessen Begriff weit enger und auch seine beschränkte Wirksamkeit für die anderen s. g. Glücksverträge nicht maaßgebend ist. Für die Rechtswissenschaft ist daher diese Eintheilung ohne Werth, ja sie wirkt auf die unbefangene Würdigung der betreffenden Lebensverhältnisse leicht verwirrend ein, und bleibt füglich aus dem Systeme ganz ausgeschlossen[3]).

Auch der Versicherungsvertrag pflegt zu den gewagten Geschäften gerechnet zu werden. Der Zweck desselben besteht darin, daß der Versicherer (Assecuradeur) gegen einen bestimmten Preis (Prämie) eine künftige Gefahr übernimmt, indem er den Ersatz des etwa eintretenden Schadens verspricht. Der Versicherte bringt also ein bestimmtes Opfer, um eine unbestimmte Gefahr von sich fern zu halten: er will keinen Gewinn machen, sondern nur einen Schaden von sich abwenden: der Versicherer übernimmt gegen den gewissen Vortheil die Möglichkeit eines unverhältnißmäßig großen Verlustes, und insofern hat für ihn der Vertrag allerdings einen aleatorischen Character. Aber es ist zu beachten, daß solche Geschäfte selten oder nie über vereinzelte Rechtsverhältnisse nach Art anderer Privatverträge abgeschlossen werden. Die Versicherung oder Assecuranz wird vielmehr in der Art betrieben, daß dieselbe Person sie für eine größere Zahl einzelner Fälle übernimmt, welche eine Wahrscheinlichkeitsberechnung des möglichen Schadens und Gewinns zulassen, und die Prämie also als der Durchschnittspreis der übernommenen Gefahr erscheint. Dadurch kommt Stätigkeit und Solidität in das Geschäft, welches sich in dem modernen Leben zu einer unentbehrlichen Stütze der wirthschaftlichen Einrichtungen und der Gewerbsverhältnisse entwickelt hat[4]). Seine erste und principielle Ausbildung hat dieses Institut aber im Seerecht erhalten; dort wird es in Beziehung auf die Seeassecuranz eine genauere Darstellung finden, welche dann auch für die anderen Arten fruchtbar zu machen ist. Hier mögen nur einige allgemeine Bemerkungen ihren Platz finden[5]).

---

den Hoffnungskauf (emtio spei und rei speratae) bezieht, hier aber bei der Unbestimmtheit des Gegenstandes zur Zeit des Vertragsabschlusses sich von selbst versteht. Wenn ferner die Regel aufgestellt wird, daß bei gewagten Geschäften der gesetzliche Zinsfuß nicht eingehalten zu werden braucht, so gilt auch dies nur für einzelne Verträge (Bodmerei, Leibrentenvertrag), folgt aber aus der besonderen, im positiven Recht anerkannten Natur derselben, indem das Interesse hier nicht allein auf den Ersatz für die Benutzung des Kapitals beschränkt wird.

[3]) v. d. Pfordten, Abhandlungen S. 227—29. — Wilda, Zeitschrift für deutsches Recht VIII. S. 200—7.

[4]) Vgl. Endemann bei Goldschmidt, Zeitschr. IX. S. 519 ff.

[5]) Das Hauptwerk über die Lehre ist: W. Benecken, System des Assekuranz- und Bodmereiwesens. 5 Bde. 2. Aufl. Hamburg 1810—21. Es beschäftigt sich jedoch hauptsächlich mit der Seeassecuranz, während die von Vincent Nolte

I. Die Versicherung pflegt gewerbsmäßig von öffentlichen Anstalten oder von Vereinen, welche in der Regel als Genossenschaften mit juristischer Persönlichkeit constituirt sind, betrieben zu werden. Dabei macht sich aber ein wesentlich verschiedener Zweck geltend. Entweder beabsichtigt die Genossenschaft einen Gewinn aus dem Geschäft, indem sie den Ueberschuß aus den Prämien als Dividende unter ihre Mitglieder vertheilt, oder die Versicherten selbst bilden die Genossenschaft, indem sie gemeinsam die Gefahr tragen[6]) Im ersteren Fall pflegt die Gesellschaft als Actienverein constituirt zu sein, im zweiten Fall eine besondere corporative Genossenschaft zu bilden[7]). Die Mitglieder des Vereins versichern sich gegenseitig, indem ihnen allen die gleiche Gefahr droht und sie den Schaden des Einzelnen durch gemeinschaftliche Zuschüsse decken. Derselbe wird entweder nachträglich vertheilt oder im Voraus als Prämie erhoben; deren nicht verwendeter Theil wird dann als Dividende zurückgezahlt, während umgekehrt im Falle des Mehrbedarfs eine statutenmäßige Nachschußprämie erhoben wird[8]).

---

besorgte Ausgabe (2 Bde. Hamburg 1851—52.) diese ausschließlich behandelt. Unter den neueren Gesetzbüchern hat besonders das Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 8. §. 1934—2358. die Versicherung weitläufig behandelt, und zwar in ihrem ganzen Umfange, wobei aber manche nur für die Seeassecuranz hergebrachten Rechtsgrundsätze eine nicht unbedenkliche Ausdehnung erhalten haben. Eine neue Bearbeitung der Lehre mit Ausschluß der Seeversicherung findet sich in dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten (Berlin 1857.) §. 327—84. und dazu die Motive S. 178—213. (Dieser Abschnitt ist nicht in das Allg. Deutsche Handelsgesetzbuch aufgenommen worden). Für die Darstellung des geltenden Rechts bieten die Statuten der Versicherungsgesellschaften den besten Anhalt. Vgl. Gierke, Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft S. 1049 ff — Endemann, das Wesen des Versicherungsgeschäftes bei Goldschmidt, Zeitschrift IX. Nr. 4. 7. X. Nr. 5. — Malß, Zeitschrift für das Versicherungswesen Leipzig 1863 ff. (seit 1868 in Goldschmidt's Zeitschrift für das Handelsrecht aufgegangen). — Malß, Uebersicht der neueren Rechtsprechung in nicht maritimen Versicherungssachen in der letzteren Zeitschr. XIII. Nr. 3. 10. vgl. das. XIV. S. 568—638. — Laband, zur Litteratur des Versicherungswesens das. XIX. S. 638—53.

[6]) Vgl. das Erk. bei Seuffert XIX. Nr. 265. Es kommen auch Anstalten mit gemischter Einrichtung vor: die Aachen-Münchener Feuerversicherungsgesellschaft z. B. verwendet einen Theil des Ueberschusses zu gemeinnützigen Zwecken, die Berliner Lebensversicherungsgesellschaft berechnet den Versicherten einen Theil als Dividende, beide beruhen aber nicht auf Gegenseitigkeit. Auf Gewinn sind gewöhnlich die Seeassecuranzcompagnien gegründet, doch nicht immer; in Neuvorpommern z. B. besteht eine solche mit dem Princip der Gegenseitigkeit, jedoch nur für Versicherungen auf Casco.

[7]) Vgl. R. O. H. G. IV. Nr. 42. VI. Nr. 18. VIII. Nr. 8. 48. Ueber die Versicherungsgesellschaft als eingetragene Genossenschaft s. R. G. IV. Nr. 111.

[8]) Ueber Letztere s. R. O. H. G. XXI. Nr. 168. XXV. Nr. 67. — Laband in Goldschmidt's Zeitschr. XXIV. Nr. 2. — Bei der Versicherung auf Gegen-

II. Der Zweck des Geschäftes ist für den Versicherten Abwendung eines Schadens, nicht aber eine Bereicherung. Daher muß demselben ein versicherbares Interesse (im Gegensatze zur Wettassecuranz) zum Grunde liegen, und die Versicherung über den Werth — einfach oder vermöge einer mehrfachen Versicherung — sowie in der Regel selbst die Einrechnung des gehofften Gewinns (Versicherung auf imaginären Gewinn) in die Versicherungssumme ist unzulässig[9]). Dagegen erscheint die Rückversicherung, durch welche der Versicherer selbst sich wieder deckt, unbedenklich.

III. Der Versicherungsvertrag bedarf keiner besonderen Form[10]), doch wird er gewöhnlich schriftlich abgeschlossen, indem die Urkunde (Police) alle wesentlichen Punkte desselben enthält. Dahin gehören:

a. der Name des Versicherten;

b. der Gegenstand;

c. die Versicherungssumme, welche das Maximum des zu gewährenden Schadenersatzes darstellt[11]);

d. die Prämie: wenn sie nicht creditirt ist, pflegt die Police auch die Quittung über die gezahlte Prämie zu enthalten[12]);

e. Art und Dauer der Gefahr;

f. Unterschrift des Versicherers mit Ort und Datum[13]).

IV. Gegenstand der Versicherung kann jede Gefahr sein, deren Uebernahme nicht gegen die guten Sitten oder gegen inländische Prohibitivgesetze verstößt[14]). Unter Ausschließung der Seeassecuranz

---

seitigkeit macht aber die Prämie das Geschäft nicht zur Handelssache, s. Goldschmidt, Handbuch I. (2. Aufl.) S. 584 ff. — Seuffert XXXVI. Nr. 216. (Oesterr. Oberster Gerichtshof).

9) Die Ausnahmen finden sich vornämlich bei der Seeassecuranz, s. Pr. A. L. R. a. a. O. §. 1983—2000. — Heise und Cropp, jur. Abhandlungen II. Nr. 17. „Von der Einrechnung der Prämien in die Versicherungs-Summe." — H. G. B. Art. 783.

10) Dies gilt für die Versicherung gegen Prämie schon wegen H. G. B. Art. 271. 317. Vgl. R. O. H. G. V. Nr. 2. Ueber die Vertragsverabredung bei dem Versicherungsvertrag s. das. VIII. Nr. 87. und über die Perfection der Versicherungsverträge und deren Abschluß durch Agenten und Generalagenten das. V. Nr. 27. VII. Nr. 99. 109. VIII. Nr. 13. 57. S. 235. IX. Nr. 103.

11) Die sog. taxirten Policen (s. unten §. 266. Note 19.), welche den Versicherungswerth durch Uebereinkommen feststellen, sind bei der Binnenversicherung nicht üblich und bedürfen unzweideutiger Uebereinkunft; s. R. O. H. G. V. Nr. 27. S. 122.

12) Ueber den Verzug bei Zahlung der Prämie s. R. O. H. G. IX. Nr. 107. 108. — R. G. I. Nr. 71.

13) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 2064—99.

14) a. a. O. §. 1952—53. — Duncker, Archiv für civil. Praxis XVI. S. 221 ff. — Kierulff, Sammlung II. S. 402 ff. (Seuffert XXI. Nr. 32.)

kommen bei der Binnen- oder Landversicherung besonders folgende Arten in Betracht:

a. Versicherung gegen Feuersgefahr, sowohl hinsichtlich der Gebäude, als auch der Mobilien. Jede Art der Feuersgefahr, die nicht ausdrücklich ausgenommen worden, ist dabei von dem Versicherer zu tragen, also auch die durch das Gewitter[15]) oder durch den Krieg[16]) herbeigeführte, und zwar mit Einschluß der bei der Rettung veranlaßten Schäden und Kosten.

b. Versicherung gegen Hagelschlag; für diese sind in neuerer Zeit zahlreiche Genossenschaften errichtet und fast ohne Ausnahme auf Gegenseitigkeit gegründet;

c. Versicherung gegen Viehseuchen[17]);

d. Versicherung gegen Gefahr bei dem Landtransporte und dem Transporte auf Flüssen und Binnengewässern[18]).

V. Der Versicherungsvertrag ist zu beurtheilen nach den besonderen Vereinbarungen sowie nach dem Statut und Reglement der Versicherungsgesellschaft, welche die lex contractus bilden; im Allgemeinen ist zu beachten, daß es ein Geschäft des guten Glaubens ist. Dies gilt in Beziehung auf die Auslegung und Anfechtung des Vertrages, die Anzeigepflicht[18]) u. s. w. Es ist ein Verdienst des R. O. H. G's, diesen Gesichtspunkt in seiner Judicatur consequent festgehalten zu haben. Vgl. auch R. G. X. Nr. 43.

---

[15]) In Frankreich haben, wie öffentliche Blätter meldeten, Gerichte sogar den Schaden, der durch Windhosen angerichtet war, unter Feuersgefahr mit begriffen, weil eine solche Erscheinung elektrischen Ursprungs sei.

[16]) Nur wenn der Kriegsschaden aus einem andern Rechtsgrunde ersetzt wird (Schenkungen kommen hier nicht in Betracht), erlischt die Verhaftung des Versicherers, s. v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen VII. Nr. 106. Es kommt hier das Princip zur Anwendung, daß der Zweck des Geschäftes nicht auf die Bereicherung des Versicherten geht. Ueber den Feuerschaden bei Aufruhr und Tumult, der analog zu beurtheilen ist, s. Benecken a. a. O. IV. S. 524–26. und unten §. 119. Note 8. Ist nur Aussicht auf anderweitigen Ersatz, so wird der Versicherer zu zahlen haben, aber Abtretung der Ansprüche verlangen können. — Culpa levis des Versicherten in Bezug auf Entstehung des Brandes enthebt übrigens den Versicherer nicht von der Verpflichtung der Entschädigung, s. Kierulff Sammlung II. S. 258 ff. (Seuffert XXI. Nr. 76.)

[17]) Gesetz über die Versicherungsgesellschaften der Provinz Schlesien zur Vergütung der durch die Rindviehseuche veranlaßten Verluste. Vom 30. Juni 1841. (G. S. S. 285–87.)

[18]) Statuten der Berliner Land- und Wasser-Transport-Versicherungs-Gesellschaft v. 5. März 1850. Ueber die Kranken- und Unfallversicherung s. unten §. 221.

§. 117.

(Fortsetzung). Die Lebensversicherung und der Leibrentenvertrag.

A. Die Lebensversicherung[1]).

I. Der Vertrag wird darauf abgeschlossen, daß gegen die Prämie, welche auf einmal oder, was das Gewöhnliche ist, in jährlichen Zahlungen entrichtet wird, die Versicherungssumme nach dem Tode des Versicherten zu zahlen ist. Der Vertrag kann auf mehrere Personen gestellt werden (Versicherung auf verbundene Leben), so daß die Versicherungssumme nach dem Tode des zuerst oder zuletzt Sterbenden entrichtet wird[2]); es kann jemand ferner sein eigenes Leben — allgemein oder zu Gunsten einer bestimmten Person, oder ein fremdes versichern, so daß im letzteren Fall drei Personen zu unterscheiden sind: der Versicherer, der Versicherungsnehmer und der Versicherte[3]).

II. Die Gefahr, welche übernommen wird, besteht in dem Tode des Versicherten und ist daher, wenn das Geschäft nicht blos auf eine bestimmte Dauer (gewisse Jahre, während einer Reise u. s. w.) abgeschlossen worden, nur der Zeit, nicht dem endlichen Eintritt nach unbestimmt. Auch der allgemeine Zweck der Versicherung, die Verhütung eines Schadens, kommt hier nur insofern in Betracht, als die durch den Tod des Versicherten für dritte Personen herbeigeführten Vermögensnachtheile aufgewogen werden sollen[4]). Diese entziehen sich aber einem bestimmten Werthanschlage, und daher hängt die Höhe der Versicherungssumme allein von der Vereinbarung der Betheiligten ab, so daß die Regeln von der Ueberversicherung hier nicht anwendbar sind. Diese Erwägungen haben zu der Ansicht geführt, daß von einem Versicherungsvertrage hier nicht die Rede sein könne, sondern das Geschäft anders construirt werden muß, indem dasselbe als ein Mittel für Ersparungen (Sparanstalt)[5]) oder ein aleatorisches Darlehngeschäft[6]) aufgefaßt wird. Allein die Motive für die Abschließung des Vertrages

[1]) Staudinger, die Rechtslehre von der Lebensversicherung. Erlang. 1858. — Endemann in Goldschmidt's Zeitschrift X. Nr. 5. — Reuling das. XV. Nr. 3. 7. — Hinrichs das. XX. Nr. 4. — Predöhl das. XXII. Nr. 4.

[2]) Ueber die weiteren Combinationen s. Staudinger a. a. O. S. 26 ff.

[3]) Staudinger a. a. O. S. 43 ff. — Seuffert XXIII. Nr. 21. XXIV. Nr. 155. — R. O. H. G. III. Nr. 73.

[4]) Vgl. Motive zum Entwurf eines Preuß. Handelsgesetzbuchs S. 180. 206 ff. — Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen II. Nr. 17. §. 12. — R. G. I. S. 190.

[5]) Hinrichs a. a. O.

[6]) Thöl, Handelsrecht I. §. 310. — Laband, Festgaben für Thöl. Separatabdruck. 1879.

können ganz verschieden sein: Die Versorgung Angehöriger, Anschaffung eines Credits, Abwendung eines Schadens, wenn z. B. Gläubiger das Leben eines Schuldners versichern. Auch hat das Geschäft sich durchaus in den Formen des Versicherungswesens entwickelt und gehört wirthschaftlich diesem Kreise an, die Natur des Rechtsverhältnisses bleibt aber nicht ohne Einwirkung auf die Beschaffenheit des Rechtsinstituts. In Uebereinstimmung mit der ausländischen Jurisprudenz haben daher auch in Deutschland Theorie und Praxis mit wenigen Ausnahmen die Lebensversicherung unter das Versicherungsrecht gestellt[7]).

III. Die Versicherung eines fremden Lebens darf nicht ohne ein versicherbares rechtmäßiges Interesse auf Seiten des Versicherungsnehmers abgeschlossen werden, weil sonst die als verbotenes Spiel zu behandelnde Wettassecuranz vorliegt und die Rechtssicherheit und die guten Sitten gefährdet erscheinen. In England wird daher stets ein bestimmtes Geldinteresse verlangt, z. B. wenn der Gläubiger das Leben seines Schuldners versichert. Das deutsche Recht ist milder und läßt aus Rücksicht auf Verwandtschaft und überhaupt aus Gründen der Pietät Ausnahmen zu, deren Feststellung, wo Landesgesetze fehlen, nach dem richterlichen Ermessen zu bestimmen ist[8]).

IV. Die Statuten der Lebensversicherungsgesellschaft lassen fast ohne Ausnahme beim Selbstmorde des Versicherten die Versicherungssumme verfallen sein; doch gilt dies nicht, wenn die Handlung im unzurechnungsfähigen Zustande (willenlos) geschah[9]).

V. Der Geschäftskreis der Lebensversicherungsgesellschaften beschränkt sich gewöhnlich nicht auf die Lebensversicherung im engeren Sinne, sondern ist noch auf andere verwandte Geschäfte ausgedehnt.

---

7) Vgl. Goldschmidt, Handbuch I. (2. Aufl.) S. 582. und in seiner Zeitschrift XXIII. S. 179—83.

8) Vgl. Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 8. §. 1968. „Aeltern, Kinder, Ehegatten oder Verlobte, können für eigene Rechnung das Leben ihrer Kinder, Aeltern, des andern Ehegatten oder Verlobten versichern." §. 1793. „Außer diesen kann niemand, zu seinem eigenen Vortheile, auf das Leben eines Dritten, ohne dessen gerichtliche Einwilligung Versicherung nehmen." S. überhaupt Benecke a. a. O. IV. S. 591. und besonders Sammlung der Entscheidungen und Erkenntnisse des O. A. G.'s. zu Lübeck in Hamburger Rechtssachen II. 2. Nr. 75. II. 3. Nr. 88.

9) Nach allgemeinen Grundsätzen würde wohl nur das Interesse des Versicherers wegen des erfrühten Todes des Versicherten auf Grund der der Versicherung zu Grunde gelegten Wahrscheinlichkeitsberechnung der Lebensdauer liquidirt werden können. Vgl. überhaupt Staudinger a. a. O. S. 88 ff. — Endemann, die Behandlung des Selbstmordes in der Lebensversicherung. Leipzig 1875. — Fick in Goldschmidt's Zeitschr. XX. Nr. 1. — Goldschmidt das. XXIII. S. 183 ff. — R. O. H. G. XVIII. Nr. 55. Ueber die Ergreifung eines gefährlichen Berufs s. das. VIII. S. 308 ff.

a. Verſicherung auf Leibrenten, Wittwengehalt, Penſionen. Das Eigenthümliche des Geſchäftes beſteht darin, daß die Verſicherungsſumme nicht in einer Kapitalzahlung, ſondern in Leibrenten an beſtimmte Perſonen, zu deren Gunſten die Verſicherung genommen iſt, entrichtet wird. Der Zweck der Lebensverſicherung wird hier erfüllt; daſſelbe iſt der Fall bei den ſ. g. Wittwenkaſſen, welche als Staatsanſtalten oder corporative Verbände häufig vorkommen[10]).

b. Auch die Betheiligung an Sterbekaſſen, Todtenbeliebungen u. dgl., bei denen die Verſicherungsſumme zur Beſtreitung der Begräbnißkoſten beſtimmt iſt, kann noch als Lebensverſicherung aufgefaßt werden.

B. Der Leibrentenvertrag.

Anders ſtellt ſich die Sache, wenn der Verſicherte ſelbſt die Vortheile des Geſchäftes genießen will, alſo ein ähnlicher Zweck erreicht werden ſoll, wie bei dem Leibrentenvertrag (contrat de rente viagère, contractus vitalitius)[11]). Der Rentennehmer giebt ein Capital hin gegen eine jährliche Rente, welche mit ſeinem Tode erliſcht, ſo daß das Capital dadurch amortiſirt wird[12]). In neueren Zeiten werden dieſe Geſchäfte meiſtens von den Lebensverſicherungsgeſellſchaften abgeſchloſſen, und zwar einfach oder in der Form der ſ. g. Tontinen (ſo benannt nach Lorenz Tonti). Das Eigenthümliche der letzteren Einrichtung beſteht darin, daß mehrere Perſonen, welche einen Anſpruch auf eine Leibrente haben, eine beſondere Gruppe für ſich bilden, ſo daß, wenn Einer wegfällt, den Andern ſein Antheil zuwächſt, und der Längſtlebende die Geſammtrente bezieht. Zu den Lebensverſicherungen gehören dieſe Verträge ſo wenig, wie der Einkauf in Stiftungen mit Pfründen und die ſ. g. Ausſteuerverſicherungen[13]).

---

10) Pfeiffer, Zeitſchrift für deutſches Recht IX. Nr. 2. Vgl. deſſen pract. Ausführungen VIII. (VII. 2.) Nr. 5.

11) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 606—50. — Code civ. art. 1968—83. — Oeſterr. Geſetzb. §. 1284—86. Vgl. Im. Weber, de contractu vitalitio, quo alimento ad dies vitae comparantur. Giess. 1706. 4. — S. H. Seybert, de reditu annuo praesertim vitali, tontina et fiscis viduarum liber. Francof. et Lips. 1768. 4. — L. Rückert, der Leibrentenvertrag Erlangen 1857.

12) Schon das ältere deutſche Recht kannte dies Geſchäft, und zwar mit einer dinglichen Sicherung vermittelſt der Auflaſſung. Vgl. Beſeler, Lehre von den Erbverträgen I §. 12. II. 2. §. 23. — Mittermaier, Grundſätze II. §. 301. — Weiske, Rechtslexikon VI. S. 652. — Pauli, Abhandlungen II. S. 202. Daher erklärt ſich wohl die Neigung der älteren Praxis, der Leibrente den Charakter der Reallaſt oder doch ein Vorzugsrecht im Concurſe beizulegen, während ſie nach heutigem Rechte ohne hypothekariſche Sicherung nur einen obligatoriſchen Anſpruch begründet; vgl. Sächſ. Geſetzb. §. 517. — Eichhorn, Einleitung §. 118. Ueber die Gutsabtretung mit Leibzucht ſ. unten §. 194.

13) Staudinger a. a. O. S. 15—20.

§. 118.

Spiel und Wette.

Wenn man den Unterschied zwischen Spiel und Wette auf die äußere, formelle Erscheinung, in der beide Verträge sich darstellen, zurückführen will, so ist derselbe darein zu setzen, daß bei dem Spiele eine Thätigkeit der Betheiligten — unmittelbar oder durch Beauftragte — nach allgemein festgesetzten Regeln (Herkommen, Reglements, Lotterieplan) zur Herbeiführung der Thatsache, von deren Eintritt Gewinn oder Verlust abhängig gemacht sind, mitwirkt, während bei der Wette diese Thätigkeit ganz fehlt oder nur nach dem besonderen Uebereinkommen für den einzelnen Fall geordnet ist. Dieser Gegensatz ist aber kein nothwendiger, sondern bezeichnet nur wie es gewöhnlich bei diesen Verträgen herzugehen pflegt; er ist aber auch rein äußerlich, ohne das Wesen der Verhältnisse irgend wie zu treffen, und daher nicht geeignet, zur Grundlage einer wissenschaftlichen Begriffsbestimmung zu dienen. Der Zweck des Spiels ist Unterhaltung, der Zweck der Wette die Entscheidung einer Meinungsverschiedenheit. Die Absicht eines Gewinns kann bei beiden Verträgen vorkommen und ist sogar bei Geldspielen gewöhnlich vorhanden, bei Wetten wenigstens nicht ausgeschlossen; aber diese Absicht darf nur zur Erhöhung des Spielreizes hinzutreten, den Ausgang der Wette pikanter machen; beherrscht sie allein den Vertrag, so tritt derselbe aus seinem natürlichen Kreise heraus, wenn auch der Begriff des gewerbmäßigen Spielens noch nicht nothwendig dadurch begründet wird [1]).

I. Die Wette. Sie ist ein nach dem römischen und dem gemeinen deutschen Rechte vollgültiger Vertrag [2]), auch wenn die Wettsumme, die beide

---

[1]) Wilda, die Lehre von dem Spiel, in der Zeitschrift für deutsches Recht II. 2. S. 133—93. — Derselbe, die Wetten ebendas. VIII. S. 200—39. — Schuster, das Spiel, seine Entwickelung und Bedeutung nach deutschem Recht. Wien 1878. — v. Vangerow, Leitfaden III. S. 496—500. — Windscheid, Pandekten II. §. 419—20. — Stobbe, Handbuch III. §. 193. — Seuffert II. Nr. 291. XIII. Nr. 94. XXVII. Nr. 182. XXXI. Nr. 228. Die Abhandlungen von Wilda bieten außer einer sinnigen Betrachtung der Lebensverhältnisse ein reiches geschichtliches Material dar; in letzterer Beziehung ist auch zu vergleichen Trummer, Vorträge III. S. 17—31.

[2]) v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen VII. Nr. 129. — Strippelmann, neue Sammlung V. Nr. 8. — Seuffert II. Nr. 291. 292. Die neueren Gesetzbücher behandeln die Wette im Wesentlichen wie das Spiel; s. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 577—81. — Oesterr. Gesetzb. §. 1270—72. — Code civ. art. 1965—67. — Sächs. Gesetzb. §. 1480. Uebrigens gilt die Wette natürlich nur dann als bindender Vertrag, wenn die ernstliche Absicht des Vertragsabschlusses und nicht blos ein Scherz vorgelegen; ob das Eine oder das Andere anzunehmen ist, hat der Richter nach den Umständen zu entscheiden. Vgl. das Erk. des O. A. Gerichts zu Jena bei Seuffert XVI. Nr. 217. und Buchka und Budde, Entscheidungen III. Nr. 28. Erscheint die Wette nur als verdecktes

Theile gesetzt haben, nicht gleich ist, — vorausgesetzt, daß der Gegenstand nicht den guten Sitten widerstreitet, daß kein Betrug vorgekommen, der aber natürlich wegen des Besserwissens des einen Theils noch nicht angenommen werden darf, und daß der Preis kein übermäßiger ist. Wenn letzteres der Fall, so steht dem Richter die Befugniß der Ermäßigung zu, wobei er alle in Betracht kommenden Verhältnisse gehörig zu berücksichtigen hat[3]).

II. Das Spiel. Von civilrechtlicher Bedeutung sind nur Spiele um Geld oder Geldeswerth, diese aber nach römischem Recht unbedingt verboten, was der deutschen Volkssitte nicht entspricht. Doch hat sich auch nach deutschem Rechte von Alters her der Grundsatz festgestellt, daß das Spielen auf Borg unzulässig sei, und eine Spielschuld kann daher nicht eingeklagt, nicht compensirt werden; sie ist überhaupt rechtlich ohne Wirkung[4]). Ebenso verhält es sich, wenn Darlehen zum Spiele gegeben sind, wenigstens unter den Mitspielenden[5]). Im Uebrigen aber unterscheidet das deutsche Recht erlaubte und unerlaubte Spiele, und zwar mit der Wirkung, daß der Verlust aus einem erlaubten Spiele nicht zurückgefordert werden kann, was bei dem unerlaubten Spiele zulässig ist, wenn nicht dem Fiscus ein Confiscationsrecht zusteht[6]). Dagegen ist auch das Letztere ohne ausdrückliche Strafandrohung nicht strafbar[7]), und die Unterscheidung überhaupt bei dem Mangel besonderer Gesetze oft schwer durchzuführen. Der Gegensatz von Kunst-, Glücks- und gemischten Spielen wird schon durch die letztere Kategorie für die Rechtswissenschaft

---

Spiel (unechte Wette), so ist sie nach den für Letzteres geltenden Regeln zu beurtheilen, s. die Rechtssprüche in Goldschmidt's Zeitschr. XXVIII. S. 292—312.

3) Dies hat die Praxis stets angenommen, s. Glück, Commentar XI. S. 357. — v. Bülow und Hagemann a. a. O. S. 396. — Strippelmann a. a. O. S. 155. Vgl. Wilda a. a. O. VIII. S. 230—33. Wenn v. Vangerow a. a. O. S. 499. für den Fall, daß die Wettsumme übermäßig groß ist, gar keine Klage geben will, weil aus jenem Umstande regelmäßig folge, daß keine wahre Wette, sondern ein Spiel vorliege, so ist dagegen zu bemerken, daß die Größe der übernommenen Gefahr kein wesentliches Merkmal für die Unterscheidung beider Verträge ist. Uebrigens legt v. Vangerow allerdings nach Wilda's Vorgang auf die Freude am Gewinn (nicht am Gewinnen) bei der Wette zu wenig Gewicht.

4) Sächs. Landr. B. I. Art. 6. §. 2. — Reuterbestallung v. 1570. §. 211. (N. S. III. S. 339.). — Pr. A. L. R. a. a. O. §. 577. — Bornemann, systemat. Darstellung III. S. 127. — Wilda a. a. O. II. 2. S. 182. — Seuffert I. Nr. 345. (Das hier angeführte hannoversche Urtheil nimmt freilich nur auf römisches Recht Rücksicht.) XXX. Nr. 139.

5) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 581. — Bornemann a. a. O. S. 128—29. — Wilda a. a. O. §. 190—92. — Seuffert XXIII. Nr. 27.

6) Die Frage, ob der Verlust zurückgefordert oder vom Fiscus eingezogen werden kann, ist sehr bestritten, s. Wilda a. a. O. S. 186—90. — Elvers, jurist. Zeitung v. 1828. Nr. 51. 119. — v. 1830. Nr. 35. 36. 83.

7) Nulla poena sine lege. A. M. ist Wilda a. a. O. S. 183.

unbrauchbar, und nur das unverhältnißmäßig hohe Spiel, sowie das Spiel bloß um des Gewinnes wegen, ist im Allgemeinen als unerlaubt zu bezeichnen[8]).

Als eine besondere Art des Spiels erscheint im Allgemeinen die Lotterie, welche als Classen- und Zahlenlotterie vorkommt. Doch wird das Eigenthümliche der Einrichtung durch diese Bezeichnung noch nicht vollständig charakterisirt. Es ist namentlich zu bemerken, daß die Lotterien entweder vom Staate unternommen werden, oder doch der Staatsgenehmigung bedürfen, und daß gewöhnlich das Spielen in fremden Lotterien oder wenigstens das Collectiren für dieselben verboten ist[9]). Was ferner die rechtliche Natur des Lotterievertrags betrifft, welcher durch den veröffentlichten Plan normirt wird, so wird derselbe in der neueren Theorie als ein Hoffnungskauf zwischen den Spielern und der Direction aufgefaßt, bei welchem der Einsatz den Kaufpreis enthält, das Loos oder Lotteriebillet die Vertragsurkunde vertritt, und die Hoffnung auf den Gewinn den Gegenstand des Kaufes bildet. Erscheint aber auch diese Auffassung nicht begründet, (Geld gegen Geld setzen pflegt man nicht kaufen zu nennen), und liegen vielmehr wesentliche Merkmale des unerlaubten Spiels vor, so ist doch die volle Rechtsbeständigkeit der vom Staate unternommenen oder von ihm genehmigten Lotteriegeschäfte als erlaubter Spiele nicht zu bezweifeln[10]). Das Verhältniß der Dircetion zu ihren Collecteurs

[8]) Das Strafgesetzbuch §. 285. stellt nur das gewerbmäßige Hazardspielen und die Inhaber öffentlicher Versammlungsörter, welche das Hazardspielen begünstigen, unter Strafe, und bedroht außerdem diejenigen mit einer Polizeistrafe, welche an öffentlichen Wegen oder Plätzen oder in öffentlichen Versammlungsörtern Hazardspiele halten, s. §. 360. Nr. 14. Die civilrechtlichen Beschränkungen der Spielverträge werden durch diese Bestimmungen nicht berührt, und die Wettassecuranz, das Differenzgeschäft sind klaglos, während der Lotterievertrag durch die staatliche Sanction geschützt wird, ähnlich wie früher das Glücksspiel in den Badeörtern.

[9]) Die über den Verkauf von Loosen zu verbotenen Lotterien geschlossenen Verträge sind ungültig, s. R. G. V. Nr. 33., doch ist der Anspruch auf den Gewinn gegen die auswärtige Lotterie nicht ausgeschlossen, s. R. O. H. G. XIV. Nr. 73. — Seuffert XXX. Nr. 24.

[10]) Vgl. überhaupt Bender, die Lotterie. Heidelberg 1832. (Beilageheft zum 15. Bande des Archivs für die civilistische Praxis.) — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen V. Nr. 28. — Bornemann, systemat. Darstellung III. S. 107. 25. — Haubold, Lehrbuch §. 285b. — Reyscher, gemeines und württemb. Privatrecht II. §. 471. — Grefe, Hannovers Recht II. §. 103. — Friedrich Endemann, Beiträge zur Geschichte der Lotterie und zum heutigen Lotterierecht. Bonn 1882. Die Auffassung der Lotterie als eines Hoffnungskaufes erklärt sich aus dem Bestreben, das vom Staate gepflegte Geschäft als ein an sich gültiges darzustellen; vgl. Oesterr. Gesetzb. §. 1274. und dazu v. Zeiller, Commentar III. S. 672—73.

beruht auf einem Vollmachtsvertrag, der häufig jedoch mit dem Trödelvertrag vermischt ist[11]); die Direction haftet für die Handlungen derselben nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragslehre, welche auch für die Beziehungen zwischen den Spielern und der Direction, beziehungsweise den Collecteurs maaßgebend sind[12]). — Von der Lotterie unterscheidet sich wieder der Ausspielvertrag[13]), welcher als Hoffnungskauf zu betrachten ist[14]), aber nicht auf der planmäßigen Einrichtung einer dauernden Anstalt beruht, sondern die Verwerthung einzelner Sachen zum Gegenstande hat. Abgesehen von den Ausspielungen zum Zweck der geselligen Erheiterung und überhaupt in Privatzirkeln darf ein solches Geschäft nur mit obrigkeitlicher Genehmigung veranstaltet werden[15]).

Drittes Kapitel.

Delictsobligationen und Schadenersatzpflicht.

§. 119.

Deutschrechtliches.

Der Kreis des Obligationenrechts ist nicht mit den aus Verträgen hervorgehenden Forderungen und Schulden abgeschlossen; es können vielmehr letztwillige Verfügungen und unerlaubte Handlungen [1]) dieselbe

---

11) v. Bülow und Hagemann a. a. O. S. 131—32.

12) Strube, rechtliche Bedenken IV. Nr. 160. 173. Daher gehen v. Bülow und Hagemann a. a. O. II. Nr. 46. zu weit, wenn sie denjenigen, der ein ihm übersandtes Lotterieloos nicht zurückschickt, unbedingt für den Preis des Einsatzes haften lassen.

13) C. Grolmann, Entwickelung der rechtlichen Natur des Ausspielgeschäftes Gießen 1817. — Jo. Chr. Lange, die Rechtstheorie von dem Ausspielgeschäft. Erlangen 1818.

14) Das Sächs. Gesetzb. §. 1481. nimmt zwischen dem Ausspielenden und dem Inhaber des Gewinnlooses das Verhältniß eines bedingten Kaufes an.

15) Strafgesetzbuch §. 286. „Wer ohne obrigkeitliche Erlaubniß öffentliche Lotterien veranstaltet, wird mit Gefängniß bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu Eintausend Thalern bestraft. Den Lotterien sind hierbei alle öffentlich veranstaltete Ausspielungen beweglicher oder unbeweglicher Sachen gleich zu achten."

1) Daß die Obligationen nicht die einzigen privatrechtlichen Folgen unerlaubter Handlungen sind, braucht hier unter Verweisung auf die Indignitätsfälle, die beschränkte Testirfähigkeit u. s. w. nur angedeutet zu werden; s. Württemb. Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen, v. 5. Sept. 1839. und dazu Wächter, im Archiv für civil. Praxis XXIII. S. 33—111.

Wirkung hervorrufen. Außerdem giebt es manche Rechtsverhältnisse, welche in Folge gesetzlicher Vorschrift einen obligatorischen Charakter an sich tragen, entweder auf Grund eines allgemeinen Rechtsprincips, wie die Familienpflicht der Alimentation und Dotation, die Pflicht der Gemeinden zur Armenunterstützung, oder indem sie an zufällige Beziehungen der Person oder der Sache geknüpft sind, denen eine bestimmte rechtliche Wirkung beigelegt ist. — Was nun von diesen Rechtslehren dem Gebiete des Familien- und Erbrechts angehört, wird später, insofern es Stoff zur germanistischen Betrachtung darbietet, erörtert werden; ebenso ist, um das Zusammengehörige nicht zu trennen, von dem Wildschaden und dessen Ersatze im Jagdrechte, von dem Nachdruck in Verbindung mit dem Urheberrecht zu handeln. Hier sind daher nur vom Standpunkte des deutschen Rechts einige allgemeine Bemerkungen über die Obligationen aus unerlaubten Handlungen und über die Verpflichtung zum Schadenersatze hervorzuheben [2]).

I. Das deutsche System der Privatstrafen war schon vor der Aufnahme des römischen Rechts in der Auflösung begriffen, und daher erklärt es sich, daß die verwandten Institute der fremden Rechtsquelle bei uns keine Stätte fanden. Nur ausnahmsweise ist für einzelne Fälle das Princip aufrecht erhalten worden, z. B. in der ästimatorischen Injurienklage, der Geldbuße wegen Nachdrucks, der Lehenemende [3]). — Ein Nachklang der alten Privatbuße findet sich ferner im Schmerzengelde, wenn auch die technische Ausbildung des Begriffs erst dem neueren Gewohnheitsrechte angehört [4]). Auch die Entschädigungsansprüche der Geschwächten gegen ihren Verführer lassen sich in gewisser Beziehung unter den Begriff der Privatstrafe bringen [5]).

---

[2]) Vgl. Haubold, Lehrbuch §. 302—304b. — Reyscher, gemeines und württemb. Privatrecht II. §. 503—7. — Grefe, Hannovers Recht II. §. 117—20. — Stobbe, Handbuch III. §. 199—204.

[3]) S. oben §. 53. und unten §. 172. Note 18.

[4]) P. G. O. Art. 20. — Gensler, Archiv für civilist. Praxis I. S. 143—65. — Strippelmann, neue Sammlung V. Nr. 13. — Seuffert I. Nr. 220. IV. Nr. 227. VIII. Nr. 138. XIII. Nr. 31. XXVII. Nr. 30. XXX. Nr. 231. 232.

[5]) Ueber die Entschädigungsansprüche der Geschwächten, welche von den auf der Verwandtschaft beruhenden Ansprüchen der unehelichen Kinder wohl zu unterscheiden sind, s. Busch, theoret. praktische Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen gegen ihre Verführer und der unehelichen Kinder gegen ihre Erzeuger. Ilmenau 1828. — Gett, die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft (München 1836.) S. 5—84. — Seuffert I. Nr. 229. IX. Nr. 296. XIV. Nr. 39. 40. und die oben Note 2. Angeführten.

II. Die Lehre vom Schaden und Schadenersatze in nicht contraktlichen Verhältnissen ist im Allgemeinen nach den Grundsätzen des römischen Rechts über die Lex Aquilia und deren Ausdehnungen zu beurtheilen, insofern nicht der Pönalcharakter der Klage in Betracht kommt [6]). Neuere Gesetzgebungen haben freilich auch für diese Lehre manches Abweichende bestimmt [7]), und vielleicht würde bei genauerer Untersuchung sich ergeben, daß Einzelnes davon auch in dem gemeinen Gewohnheitsrechte seine Begründung findet. — Von besonderer Wichtigkeit ist die Frage, wann und in welchem Maaße der Staat und beziehungsweise die Gemeinde für den Schaden haftet, der bei Aufläufen und Tumulten durch Verletzung der Personen und des Eigenthums angerichtet wird [8]).

III. Neue Bestimmungen hat die Reichsgesetzgebung über die Verbindlichkeit zum Schadenersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen aufgestellt [9]).

„Wenn bei dem Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch getödtet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Betriebs-Unternehmer für den dadurch entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Getödteten oder Verletzten verursacht ist." [10])

a. Es handelt sich um Unfälle, welche „bei dem Betriebe" einer Eisenbahn stattgefunden haben, jedoch nach der ratio des Gesetzes nur bei demjenigen Theile des Betriebes, dessen besondere eigenthümliche Gefährlichkeit die streng singuläre Bestimmung hervorgerufen hat [11]).

---

6) Glück, Commentar X. S. 382—91. — Strippelmann a. a. O. III. Nr. 32. — Seuffert I. Nr. 66.

7) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 6. — Oesterr. Gesetzb. §. 1293—1341.

8) Pr. Gesetz, betreffend die Verpflichtung der Gemeinden zum Ersatz des bei öffentlichen Aufläufen verursachten Schadens. Vom 11. März 1850. (G. S. S. 199—200.) Vgl. Beschorner, Archiv für civ. Praxis XXXVI. Nr. 1. — Seuffert II. Nr. 54. III. Nr. 326. V. Nr. 288.

9) R. G. betreffend die Verbindlichkeit zum Schadenersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken u. s. w. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen, v. 7. Juni 1871. Vgl. Zimmermann bei Siebenhaar, Archiv N. F. III. Nr. 5. — Endemann bei Behrend, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege V. S. 489 ff. — Römer bei Goldschmidt, Zeitschrift XVIII. Nr. 1. und vor Allen Georg Eger, das Reichs-Haftpflicht-Gesetz vom 7. Juni 1871. 2. Aufl. Berlin 1879. Insofern die Bestimmungen des Gesetzes sich auf die Haftpflicht aus dem Betriebe von Bergwerken und Fabriken beziehen, ist es durch das Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884. ersetzt worden, s. unten §. 221.

10) G. R. vom 7. Juni 1871. §. 1. Das Princip ist dem preußischen Gesetze über Eisenbahnen vom 3. Nov. 1838. §. 25. entlehnt.

11) R. O. H. G. XII. Nr. 75. XXIII. Nr. 1. — R. G. VI. Nr. 9. — Eger a. a. O. S. 11 ff. Das preußische Gesetz vom 3. Nov. 1878. §. 25. hatte

Zwischen dem Unfall und dem Betrieb muß ein ursachlicher, wenn auch nur mittelbarer Zusammenhang bestehen [12]).

b. Die Bestimmungen der Gesetze finden auf alle Arten der Eisenbahnen Anwendung, ohne Rücksicht auf deren Zweck und Beförderungsmittel [13]).

c. Als Betriebsunternehmer gilt derjenige, dem der Betrieb der Eisenbahn zusteht, also auch der Pachter der Bahn oder wer sie im Falle des Concurrenzbetriebes mit benutzt, falls durch dessen Züge der Schaden geschehen ist [14]). Die Ersatzpflicht des Unternehmers ist eine unbedingte, keine obligatio quasi ex delicto, sondern ex lege; sie wird nur ausgeschlossen durch einen der gesetzlichen Entschuldigungsgründe [15]). Diese sind

1. eine unabwendbare höhere Gewalt (vis maior), z. B. durch Gewitter, nicht aber durch gewöhnlichen Zufall oder Verschulden der Bahnbeamten [16]);

2. wenn der Getödtete oder Verletzte den Unfall selbst verschuldet hat [17]).

d. Die Ersatzpflicht umfaßt

α. im Falle der Tödtung (R. G. vom 7. Juni 1871, §. 3. Abs. 1.) 1. die Kosten der versuchten Heilung und der Beerdigung; 2. den Vermögensnachtheil, welchen der Getödtete während der Krankheit durch Erwerbsunfähigkeit oder Verminderung der Erwerbsfähigkeit erlitten hat [18]). War der Getödtete zur Zeit seines Todes vermöge Gesetzes einem Andern Unterhalt zu gewähren schuldig, so kann dieser insoweit Ersatz fordern, als ihm durch den Todesfall der Unterhalt entzogen ist [19]).

---

den engeren Ausdruck: „Bei der Beförderung auf der Bahn," wodurch Unfälle bei dem Rangiren, die jetzt unter das Gesetz fallen, ausgeschlossen waren; vgl. R. O. H. G. XIX. Nr. 32. XXI. Nr. 114. Auf Hilfsgewerbe der Eisenbahnen, z. B. Fabrikanlagen, kommt das Gesetz selbstverständlich nicht zur Anwendung, s. Eger a. a. O. S. 32 ff.

12) R. O. H. G. XII. Nr. 56. XXI. Nr. 136.

13) Also auch auf s. g. Arbeitsbahnen, R. G. II. Nr. 12. VII. Nr. 14., Pferdebahnen, R. O. H. G. XXI. Nr. I. und elektrische Bahnen. Die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs §. 315. rechtfertigen freilich für dieses eine engere Auslegung.

14) R. O. H. G. IX. Nr. 43. XXI. Nr. 87. 119. — XXII. Nr. 4. — R. G. II. Nr. 91. 102. — Seuffert XXXIII. Nr. 27.

15) R. O. H. G. XIII. Nr. 9. 21. XIV. 218.

16) R. G. I. Nr. 92. II. Nr. 23.

17) R. O. H. G. X. Nr. 96. XV. Nr. 50.

18) R. O. H. G. XXIII. Nr. 77. — R. G. VII. Nr. 36.

19) R. O. H. G. XIII. Nr. 30. XIV. Nr. 128.

β. Im Falle der Körperverletzung (R. G. § 3. Abs. 2.) 1. die Heilungskosten; 2. den Vermögensnachtheil, welchen der Verletzte durch eine in Folge der Verletzung eingetretene zeitweise oder dauernde Erwerbsunfähigkeit oder Verminderung des Erwerbes erleidet [20]).

e. Die Forderungen auf Schadenersatz verjähren in zwei Jahren vom Tage des Unfalls an, die aus der Alimentationspflicht des Getödteten jedoch erst vom Todestage an [21]).

f. Bestimmungen der Landesgesetze, welche dem Beschädigten günstiger sind, bleiben in Geltung [22]).

IV. Ueber die Verhaftung des Eigenthümers wegen des durch Thiere angerichteten Schadens kommen im älteren deutschen Rechte Bestimmungen vor, welche mit den Vorschriften des römischen Rechts über die actio de pauperie, namentlich in Betreff der Wahl des Eigenthümers zwischen Ersatz und Hingabe, manche Aehnlichkeit haben [23]). Das neuere Recht ist aber von dieser Strenge abgegangen, und beschränkt die Ersatzverbindlichkeit in der Regel nur auf den Schaden, der durch an sich gefährliche Thiere oder in Folge einer Nachlässigkeit des Eigenthümers angerichtet ist [24]). Besondere Rechtsgrundsätze gelten in Betreff der Beschädigung fremder Grundstücke und Früchte durch zahme Thiere; in dieser Hinsicht hat das Pfändungsrecht auch im heutigen Rechtsleben noch eine selbständige Bedeutung [25]).

---

[20]) R. O. H. G. VII. Nr. 89. XIV. Nr. 20. 109.

[21]) R. G. §. 8. — R. O. H. G. XVIII. Nr. 16.

[22]) R. G. §. 9. — R. O. H. G. XXIV. Nr. 82.

[23]) Sächs. Landr. B. II. Art. 40. 62. — Schwäb. Landr. (Laßberg) Cap. 204—5. Vgl. Reyscher a. a. O. §. 509. und über das ältere Recht überhaupt Kraut, die Vormundschaft I. S. 347—58.

[24]) Lüb. Stadtr. B. III. Tit. 11. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 6. §. 70—78. — Oesterr. Gesetzb. §. 1320.

[25]) S. oben §. 55.

Vierter Abschnitt.

Das Familienrecht.

§. 120.

Einleitung.

Als die erste und ursprüngliche Grundlage des gemeinsamen Lebens, dessen weitere Entfaltungen als Gemeinde, Stamm, Volk hervortreten, stellt sich bei den Germanen die Verbindung der ehelichen Blutsverwandten in der Familie (Sippe,[1]) parentela) dar. Hatte sie in älterer Zeit auch noch nicht die Bedeutung einer Genossenschaft mit juristischer Persönlichkeit gewonnen, wie sie nach dem Rechte des hohen Adels im späteren Mittelalter erscheint, so machte sich doch der tief greifende Einfluß der Blutsfreundschaft in den verschiedensten Beziehungen geltend, indem sich allmählich die Sitte des Volks zu bestimmt ausgebildeten Rechtsinstitutionen entwickelte[2]). In der Fehde und zur Eideshülfe, wie zur Unterstützung verarmter Genossen hält die Familie zusammen; sie haftet für das Wehrgeld, welches der Genosse verwirkt hat, bezieht es aber auch für den Erschlagenen; der einzige Grund der Erbfolge ist die Sippe, und in allen wichtigen Angelegenheiten der Einzelnen und der Gesammtheit treten

---

[1]) J. Grimm, deutsche Rechtsalterthümer S. 467. — Brunner, Sippe und Wergeld nach niederdeutschen Rechten. (Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Germ. Abtheilung Nr. 1.) Vgl. unten §. 136.

[2]) Dieser Uebergang von der Sitte zum Rechte läßt sich nach verschiedenen Seiten hin verfolgen; so bildete sich der Familienrath bei Veräußerungen des Grundbesitzes zum Beispruchsrecht der nächsten Erben aus, s. Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. §. 5., während ihm in anderen Beziehungen eine solche feste Organisation bei uns leider nicht zu Theil geworden ist. Ich glaube mich nicht zu irren, wenn ich die untergeordnete Stellung, welche die Blutsfreunde der Mutter nach späterem Rechte in der Familie einnehmen, während die ältesten Quellen namentlich den Mutterbruder so hoch stellen, einer solchen Entwickelung von der Sitte zum Rechte hin zuschreibe, indem die Bedeutung des Mannsstammes sich erweiterte.

die Häupter des Geschlechts zum Familienrathe zusammen[3]). — Die einzelnen Verwandten waren aber in ihrer Beziehung zu der Familie nicht gleichgestellt; einen wesentlichen Unterschied begründete es, ob sie männlichen Geschlechtes, vom Manne her verwandt waren (die Schwertmagen der Mannsstamm, die Agnaten)[4]), oder weiblichen Geschlechtes, oder vom Weibe herstammten (die Spindel- oder Spillmagen, Cognaten). Auch löste sich die Gesammtsippe wieder in einzelne Gruppen auf, indem der Hausvater Frau und Kinder zu einem engeren Vereine um sich versammelte, in welchem der natürliche Einfluß elterlicher Machtvollkommenheit und der Hausgenossenschaft oder Were[5]) sich geltend machte und eine besondere Rechtssphäre begründete.

Die bezeichneten Unterschiede sind aber nicht die einzigen, welche sich für die rechtliche Lage der einzelnen Blutsfreunde wirksam zeigen. Nach deutschem Rechte schied sich die ganze Bevölkerung in Freie und Unfreie; die letzteren, unfähig im Volksgerichte selbständig zu handeln, bedurften einer Vertretung, welche ihnen durch ihre Herren zu Theil ward. Ein ähnliches Verhältniß wiederholte sich in der freien Familie: Weiber und Kinder entbehrten der vollen Rechtsfähigkeit und waren auf Schutz und Vertretung hingewiesen, welche ihnen die Familie bot. Auch finden wir noch in späteren Quellen den Familienrath leitend, fördernd, überwachend in mannigfachen Beziehungen thätig[6]); aber die eigentliche Vertretung als organisirte, regelmäßig wirksame Gewalt ist nur bei Einzelnen: es ist das Mundium (von Munt, die Hand)[7]), welches dem Eheherrn und Hausvater, in dessen Ermangelung dem nächsten Schwertmagen zusteht. Der römischen Potestas verwandt, trägt doch dies Institut einen selbst-

---

[3]) Waitz, deutsche Verfassungsgeschichte I. S. 53—96. — Wilda, das Strafrecht der Germanen S. 370 ff. — Michelsen, über altnordisches Armenrecht, in Falck's Eranien III. S. 71 ff. — Laboulaye, recherches sur la condition civile et politique des femmes (Paris 1843.) p. 77—80.

[4]) Bei der Uebertragung dieser römischen Bezeichnung darf nicht übersehen werden, daß die filiafamilias noch zu den Agnaten gehört, während nach deutschem Recht auch die Tochter Cognatin ist. Vgl. unten §. 137.

[5]) S. oben §. 78. Note 4.

[6]) Kraut, die Vormundschaft I. S. 30. 40—50. 91. 249. — II. S. 35. — Berck, über das Bremische Güterrecht der Ehegatten S. 353. — Donandt, Versuch einer Geschichte des Bremischen Stadtrechts II. S. 140. — Pauli, Abhandlungen II. S. 169. — Trummer, Vorträge III. S. 168. — Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I. S. 459. — v. Rönne, die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft im Herzogthum Cleve und der Grafschaft Mark S. 2. Vgl. den folgenden §. Note 12.

[7]) Grimm, Rechtsalterthümer S. 403. 465. — Kraut a. a. O. I. S. 1—7. Allgemeine Bezeichnungen der Schutzherrschaft, auch über Unfreie sind Vogtei (advocatia) und Pflege.

ständigen Charakter an sich; es begründet kein einseitiges Recht des Vaters oder Vormundes (foramunto), und in Betreff seiner Dauer hängt es für den selbständig gewordenen Sohn nicht von der Willkür des Vaters ab.

In seiner ältesten Form wird nun das Mundium als Inbegriff der Familienmacht im Wesentlichen gleichartig gewesen sein, mochte es von dem Ehemann, dem Vater oder einem Vormunde ausgeübt werden; doch mußten sich von jeher für die einzelnen Verhältnisse wieder besondere Einflüsse geltend machen, indem in der Ehe die Stellung der Frau als der Genossin des Mannes und Mutter der Kinder nothwendig eine andere war, wie die der letzteren, und dem Vater über diese wieder Rechte zustanden, welche dem Vormunde gewiß zu keiner Zeit eingeräumt worden sind[8]). Allmählich traten nun die verschiedenen Institute immer bestimmter in ihrer Eigenthümlichkeit hervor. Schon während der Herrschaft des einheimischen Rechtes nahm die Geschlechtsvormundschaft, insofern sie nicht mit der ehelichen Vogtei zusammenfiel, eine veränderte Gestalt an und verlor ihre ursprüngliche Bedeutung; aber auch die Altersvormundschaft schied sich mehr von der väterlichen Gewalt, indem sie immer entschiedener unter die Aufsicht der obrigkeitlichen Obervormundschaft gebracht wurde. Seit der Aufnahme des römischen Rechts ist dieser Gegensatz noch weiter ausgebildet worden, und es führt nur zu Verwirrungen, wenn man an sich verschiedenartige Institute unter einen allgemeinen Begriff zu bringen sucht, die väterliche Gewalt insbesondere als eine Art der Vormundschaft behandelt[9]). Dagegen ist nach deutscher Rechtsanschauung das Verhältniß zwischen Eltern und Kindern nicht als getrennt vom Eherecht aufzufassen; die Beziehungen der Ehegatten unter einander und zu ihren Kindern sind in jeder Hinsicht und namentlich in Betreff der Güterverhältnisse so mit einander verknüpft und verwachsen,

---

[8]) Man denke an das Aussetzen und Verkaufen der Kinder, s. Grimm a. a. O. S. 455 ff.

[9]) Das Hauptwerk, welches, reich an gründlichen Untersuchungen, das Familienrecht vom Standpunkte des deutschen Rechts darstellt, ist die angeführte Schrift von Wilh. Theod. Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. 3 Bde. Göttingen 1835–59. Hier ist die Vormundschaft im weitesten Sinne genommen, während das Werk von Rudorff, das Recht der Vormundschaft. 3 Bde. Berlin 1832–34. sie im engeren Sinne und zwar vorzugsweise nach den römischen Rechtsquellen behandelt. In derselben Beschränkung ist sie aufgefaßt von Fr. Rive, Geschichte der Vormundschaft. 1. Bd. Braunschweig 1862. 2. Bd. 1. Abth. 1866. 2. Abth. 1875., welcher auch das ältere skandinavische Recht in den Kreis seiner Untersuchungen gezogen hat.

daß eine formelle Scheidung in der Behandlung dieser Lehren den inneren Zusammenhang derselben verdunkelt. Daher ist im folgenden Kapitel das Recht der Eltern und Kinder als Theil des Eherechts abgehandelt worden[10]).

Erstes Kapitel.

Das Eherecht.

§. 121.

I. Verlöbniß; Ehevertrag.

Der in den älteren Rechtsquellen ausgesprochene Grundsatz, daß der Mann die Frau zur Ehe kauft, indem er von dem Vater oder Vormunde das Mundium über sie gegen eine Zahlung (den Mundschatz) erwirbt, tritt schon während des Mittelalters zurück[1]); überhaupt kam die formelle Seite des Eherechts immer mehr unter den Einfluß der kirchlichen Gesetzgebung, ohne jedoch der Einwirkung nationaler Rechtsanschauungen ganz entrückt zu werden.

I. Das ältere Recht legte ein besonderes Gewicht auf das Verlöbniß (desponsatio), zu dessen Rechtsbeständigkeit bestimmte Formen erforderlich waren. Vor Allem wurde auf die öffentliche Abschließung desselben gehalten; sie geschah feierlich vor Zeugen oder in öffentlicher Versammlung[2]), unter dem besonderen Schutze des Gesetzes, welches daher auch der Ehe seinen Namen gegeben hat[3]). In Landesgesetzen hat sich diese

---

10) Die unehelichen (unechten) Kinder sind nach der deutschen Rechtsanschauung familienlos, und wenn die neueren Particularrechte gegen den unehelichen Vater meistens eine Klage auf Anerkennung geben, so hat das doch zunächst nur den Zweck ihn zur gesetzlichen Alimentationsleistung herbeizuziehen. Vgl. überhaupt Gengler, Lehrbuch II. §. 208. — Bluntschli, deutsches Privatrecht §. 224. und die dort Angeführten. — P. v. Roth, System des deutschen Privatrechts II. §. 171—79. — Stobbe, Handbuch IV. §. 261—62.

1) Grimm, Rechtsalterthümer S. 420 ff. — Kraut, die Vormundschaft I. S. 171 ff. — R. Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland I. S. 24 ff. Ueber die weite Bedeutung des Kaufes in der älteren Rechtssprache s. jedoch Beseler, Lehre von den Erbverträgen I. S. 134. 135. II. 2. S. 213.

2) Vgl. Grimm a. a. O. S. 433.

3) êwa, êa heißt ursprünglich Gesetz, wie noch in der ehehaften Noth (necessitas legitima) hervortritt, und nur in abgeleiteter Bedeutung Bund, Ehe; s. Grimm a. a. O. S. 417. Vgl. überhaupt E. Friedberg, das Recht der Eheschließung. Berlin 1865. — R. Sohm, das Recht der Eheschließung. Weimar 1875. — E. Friedberg, Verlobung und Trauung. Leipzig 1876. — R. Sohm,

Auffassung noch erhalten, indem abgesehen von der Einwilligung der Eltern oder Vormünder, zur Abschließung gültiger Sponsalien eine gewisse Oeffentlichkeit durch Zuziehung bestimmter Zeugen verlangt wird[4]). Nach gemeinem Recht kommen dagegen für Sponsalien die allgemeinen Regeln über die Vertragsverabredung zur Anwendung: auch wenn sie formlos abgeschlossen sind, begründen sie eine Klage auf Eingehung der Ehe beziehungsweise Entschädigung, und weichen insofern von der Regel des römischen Rechts ab, daß es keinen rechtlichen Zwang zur Eingehung von Familienverhältnissen giebt, ein solcher also auch nicht durch Vertrag begründet werden kann[5]). Aber auch die deutsche Sitte bewirkt es, daß die Klagbarkeit der Sponsalien nur von geringer praktischer Bedeutung ist.

II. Die volle rechtliche Wirkung der Ehe trat ursprünglich mit der formellen Abschließung derselben, der Trauung, welche in der feierlichen Uebergabe der Braut an den künftigen Ehemann bestand, noch nicht ein; die Beschreitung des Ehebettes, das Beilager mußte hinzukommen, um namentlich die Standesgemeinschaft und das gesetzliche Güterrecht zu begründen[6]). Auch dies Princip findet noch in einigen Particularrechten

---

Trauung und Verlobung. Weimar 1876. — K. Weinhold, die deutschen Frauen in dem Mittelalter. (2. Aufl. 2 Bde. Wien 1882.) I. S. 292 ff. — Stobbe a. a. O. §. 209. 211.

4) Pufendorf, observatt. jur. I. obs. 72. 74. 75. — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen III. Nr. 52. 53. VI. Nr. 84. VII. Nr. 19. — Seuffert, Archiv V. Nr. 136. — v. Nettelbladt, Rechtssprüche V. Nr. 79. — Schriftliche Abfassung verlangt das Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 82.

5) Vgl. Buchka und Budde, Entscheidungen II. Nr. 38.

6) Schon in den Ausdrücken: Beschlagen der ehelichen Decke, Beschreiten des Ehebettes, conscensio thalami ist es ausgesprochen, daß die Vollziehung der Ehe durch Beischlaf zu dieser Förmlichkeit nicht für nothwendig erachtet wurde. Vgl. überhaupt Sächs. Landr. B. I. Art. 45. §. 1. — Grimm a. a. O. S. 440. — Berck, über das Bremische Güterrecht der Ehegatten S. 23. Note 23. — Kraut, Grundriß §. 187. Nr. 36—38. — Friedberg, das Recht der Eheschließung S. 22 ff. — Stobbe a. a. O. S. 38 ff. Die eheliche Vogtei, ursprünglich der Gegenstand des Kaufes, ward indessen schon nach älterem Rechte unabhängig von dem Beilager erworben, s. Sächs. Landr. B. III. Art. 45. §. 3. „Die man is ok vormünde sines wives to hant als sie ime getrüwet wert. dat wif is ok des mannes genotinne tohant alse sie in sin bedde trit" —. Unter dem „Trauen" ist hier aber nicht die kirchliche Trauung, sondern die feierliche Uebergabe der Braut an den Mann zu verstehen; s. Kraut a. a. O. I. S. 176 ff. — Von größerer rechtlicher Bedeutung als die kirchliche Einsegnung war im Mittelalter der Kirchgang, s. Friedberg a. a. O. S. 80. 91.

Anwendung[7]), während es sich gemeinrechtlich nicht in Geltung erhalten hat[8]).

III. Ueber die Eheschließung enthält jetzt das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875 die maaßgebenden Bestimmungen[9]).

a. Erfordernisse der Eheschließung.

1. Es ist dazu die Einwilligung und Ehemündigkeit der Verlobten erforderlich; die letztere tritt für das männliche Geschlecht mit dem vollendeten zwanzigsten, für das weibliche mit dem vollendeten sechszehnten Lebensjahre ein (§. 28.).

2. Eheliche Kinder bedürfen, so lange der Sohn das fünfundzwanzigste, die Tochter das vierundzwanzigste Lebensjahr noch nicht vollendet hat, der Einwilligung des Vaters, nach dessen Tode der Einwilligung der Mutter und, falls sie minderjährig sind, des Vormundes. Bei Kindern, die an Kindesstatt angenommen sind, tritt der Adoptivvater an die Stelle des natürlichen, insofern nach Landesrecht die väterliche Gewalt durch die Adoption begründet wird. Wenn die Einwilligung versagt wird, so haben großjährige Kinder (nicht die minderjährigen) eine Klage auf richterliche Ergänzung (§. 29—32.)[10]).

3. Unbedingt verboten ist die Ehe zwischen Ascendenten und Descendenten, voll- und halbbürtigen Geschwistern, Stiefeltern und Stiefkindern, Schwiegereltern und Schwiegerkindern jeden Grades, sowie zwischen Adoptiveltern und Kindern, so lange dieses Rechtsverhältniß besteht. Verboten ist auch die Ehe zwischen einem wegen Ehebruchs Geschiedenen und seinem Mitschuldigen, doch ist hier Dispensation zulässig (§. 33.). Dasselbe gilt von dem Verbote, daß die Wittwe nicht vor Ablauf des zehnten Monats nach Beendigung der früheren Ehe (des Trauerjahres) heirathen soll (§. 35.).

4. Die Frage über die rechtlichen Folgen der Ehehindernisse, sowie über den Einfluß des Zwanges, Irrthums und Betruges auf die Gültigkeit der Ehe ist nach dem Landesrecht zu beurtheilen (§. 36.)[11]).

---

7) So in Bremen (Berck a. a. O. S. 212. Note 20.) und in Lübeck, s. Pauli, Abhandlungen II. S. 2—4.

8) Falck, Handbuch des Schleswig-Holsteinischen Privatrechts IV. S. 391. — v. Kamptz, Mecklenburg. Civilrecht §. 189. — Runde, deutsches eheliches Güterrecht §. 94. — Seuffert I. Nr. 349.

9) Dazu die Commentare von Hinschius und v. Sicherer, s. oben §. 57. Note 14.

10) Vgl. Seuffert XXXV. Nr. 34. Für uneheliche Kinder gilt dasselbe Recht wie für vaterlose s. R. G. §. 30.

11) Ueber diesen in mehrfacher Hinsicht schwierigen §. 36. ist auf die Commentare zu verweisen und im Allgemeinen nur zu bemerken, daß die dispositiven Vorschriften des Reichsgesetzes durch denselben nicht beschränkt werden.

5. Während der Dauer der Vormundschaft ist die Eheschließung eines Mündels mit seinem Vormunde oder dessen Kindern unzulässig, doch ist sie nicht ungültig (§. 37.), so wenig wie die Ehe, welche von Militärpersonen, Landesbeamten und Ausländern ohne die erforderliche Erlaubniß oder welche unter Verletzung der Vorschriften über die erforderliche Nachweisung, Auseinandersetzung oder Sicherstellung des Vermögens geschlossen ist (§. 38.)[12].

6. Vorschriften, welche das Recht zur Eheschließung weiter beschränkten, als es in dem Reichsgesetze geschehen, sind aufgehoben (§. 39.), — eine Bestimmung, welche neben der über die Einführung der Civilehe die wichtigste des Gesetzes ist.

7. Dispensationen vom Ehehinderniß — sowie vom Aufgebot sollen nur vom Staate ertheilt werden, über die Ausübung dieser Befugniß entscheiden die Landesregierungen (§. 40. 50.).

b. Die Eheschließung.

1. Eine rechtsgültige Ehe kann in Deutschland nur vor dem zuständigen Standesbeamten geschlossen werden (§. 41.).

2. Zuständig ist der Standesbeamte an Wohnsitze eines der Verlobten, doch kann auf seine schriftliche Ermächtigung ein anderer Standesbeamter ihn vertreten. Nichtzuständigkeit des Standesbeamten macht die Ehe aber nicht ungültig (§. 42. 43.).

3. Der Eheschließung geht ein Aufgebot vorher und zwar auf Grund der im Gesetz vorgeschriebenen Nachweisungen, am Wohnsitze beider Verlobten (§. 44—51).

4. Die Eheschließung erfolgt in Gegenwart von zwei großjährigen Zeugen, die unter einander und mit den Verlobten verwandt sein können. Der Standesbeamte richtet an die Verlobten einzeln und nacheinander die Frage: ob sie erklären, daß sie die Ehe mit einander eingehen wollen; auf die bejahende Anwort thut derselbe den Ausspruch, daß er sie nunmehr Kraft des Gesetzes für rechtmäßig verbundene Eheleute erkläre (§. 52. 53.). Dann erfolgt die Eintragung in das Heirathsregister (§. 54.).

5. Die Vorschriften des Reichsgesetzes beziehen sich nur auf die Eheschließung und deren rechtliche Folgen nach dem bürgerlichen Rechte und berühren die kirchliche Seite nicht; doch soll die Eheschließung vor dem Standesbeamten den religiösen Feierlichkeiten voran gehen. Ein Geistlicher oder anderer Religionsdiener, welcher zu denselben schreitet, bevor ihm die vor dem Standesbeamten vollzogene Eheschließung nachgewiesen

[12]) Die letzte Bestimmung bezieht sich auf den Fall, wenn Kinder in die zweite Ehe gebracht werden.

worden ist, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängniß bis zu drei Monaten bestraft (§. 67.).

IV. Obgleich die Ehe selbst in ihrer sittlich-rechtlichen Bedeutung kein blos obligatorisches Rechtsverhältniß ist, so wird sie doch durch Vertrag begründet, der in dem Civilacte seinen Ausdruck findet, und entweder schlechthin auf die gesetzlichen Wirkungen abgeschlossen oder in einzelnen Beziehungen namentlich des Güterrechts durch besondere Verabredungen noch näher bestimmt wird. In letzterem Falle unterscheidet man von dem Ehevertrage im Allgemeinen die besonderen Eheverträge (Ehezärter, Ehestiftungen, pacta dotalia), welche vor der Eingehung der Ehe abgeschlossen zu werden pflegen, wenn dies nach gemeinem Recht auch nicht nothwendig ist[13]).

a. Die meisten Particularrechte enthalten über die Form der Ehestiftungen genauere Vorschriften. Unabhängig nämlich von der Ansicht der älteren Theorie, daß Eheverträge, wenn sie eine Erbeseinsetzung enthielten, nur die Kraft letztwilliger Verfügungen hätten, und auch in Betreff der Form nach deren Recht beurtheilt werden müßten[14]), haben die Landesgesetze den Formalismus der Rechtsgeschäfte auf die Ehestiftung in reicher Auswahl zur Anwendung gebracht[15]). Sehr häufig wird die Zuziehung der nächsten Verwandten verlangt, welche dabei gewissermaaßen als Familienrath fungiren, wenn ihnen auch gewöhnlich keine bestimmten gesetzlichen Befugnisse beigelegt sind[16]); auch die gerichtliche Abschließung findet sich als eine nothwendige Form vorgeschrieben[17]), und zwar, zumal unter Landleuten, mit dem ausdrücklichen Vorbehalte der Bestätigung[18]), während anderswo die schriftliche Abfassung genügt[19]).

---

[13]) L. 1. pr. L. 12. §. 1. L. 29. pr. D. de pactis dotal. — Württemb. Landr. Th. III Tit. 8. — Baier. Landr. Th. I. Cap. 6. §. 29. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 439. Abweichende Bestimmungen enthalten Code civ. art. 1394. — Oesterr. Gesetzb. §. 1217 ff.

[14]) Darauf beruht die Unterscheidung der pacta dotalia mixta oder in vim ultimae voluntatis concepta und der pacta dotalia simplicia oder in vim contractus concepta; s. Beseler, Lehre von den Erbvertr. II. 1. §. 14.

[15]) Vgl. überhaupt a. a. O. II. 2. S. 128—35.

[16]) Freiburg. Stadtr. Tract. II. Tit. 5. — Solmß. Landr. Tit. 18. — Churpfälz. rev. Landr. Th. II. Tit. 22. §. 2. — Tit. 3. §. 5. u. s. w.

[17]) Baier. Landr. Th. I. Cap. 6. §. 29.

[18]) Stadtr. von Wimpfen Th. I. Tit. 3. §. 3. bei v. d. Nahmer II. S. 1073. — Pufendorf, observatt. jur. IV. obs. 134. — Strube, rechtliche Bedenken I. Nr. 110. — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen II. Nr. 54.

[19]) Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 11. Art. 11. — Churpfalz. rev. Landr. Th. II. Tit. 22. §. 1.

b. Der Inhalt der Eheverträge kann sich über das ganze Gebiet des Eherechts erstrecken, wie denn unter dem hohen Adel bei der Ehe zur linken Hand oder der s. g. morganatischen Ehe die Standesverhältnisse der Frau und der Kinder durch dieselben festgestellt werden [20]). Die allgemeine Schranke, welche der Privatwillkür in Verträgen gesetzt worden, ist aber auch in diesem Falle anzuerkennen, und Verabredungen, welche die guten Sitten und Präceptivgesetze verletzen, vor Allem also solchen, welche dem wahren Wesen der Ehe widerstreiten, ist jede rechtliche Wirkung abzusprechen [21]). Dahin würde auch die Vereinbarung gehören, daß die Frau der gesetzlich bestehenden Gewalt des Ehemannes, insofern sie dem öffentlichen Rechte angehört, nicht unterworfen sein soll, während Verträge, durch welche das gesetzliche Güterrecht der Ehegatten verändert wird, einer besonderen Beschränkung nicht unterworfen sind [22]). Dieselben haben sich vielmehr von Alters her einer unverkümmerten Wirksamkeit erfreut, und gerade, wie später gezeigt werden soll, auf die Ausbildung neuer Formen des ehelichen Güterrechts einen entschiedenen Einfluß ausgeübt [23]).

---

[20]) Nach dem R. G. vom 6. Febr. 1875. §. 72. werden die Standesbeamten für die Landesherrn und die Mitglieder ihrer Familien durch landesherrliche Anordnung ernannt; im Uebrigen werden die auf Hausgesetz oder Observanz beruhenden Bestimmungen über die Erfordernisse der Eheschließung in diesen Familien nicht berührt. Die s. g. Gewissensehe der Landesherrn, welche aber überhaupt im deutschen Fürstenrecht nicht begründet war, ist also definitiv beseitigt, dagegen die morganatische Ehe in Geltung geblieben. Dies wird freilich von Dernburg, Pr. Privatr. III. §. 3. a. E. allgemein und von Roth, System II. §. 91. Note 4. für die nicht souveränen Häuser verneint, aber ohne Grund, denn das Reichsgesetz handelt nur von den Erfordernissen und der Form der Eheschließung die morganatische Ehe, bei welcher auch früher die Trauung zur linken Hand unwesentlich war, trifft dagegen die materiellen Folgen der Ehe und hängt mit dem Ebenbürtigkeitsprincip zusammen, welches zum Standesrecht des hohen Adels gehört. Vgl. unten §. 176. und Stobbe, Handbuch IV. §. 214. Note 13.

[21]) Thibaut, System §. 372. — Code civ. art. 1388.

[22]) Wenn Cropp in den juristischen Abhandlungen II. S. 490. allgemein die vertragsmäßige Ausschließung der Gütergemeinschaft für unzulässig hält, weil das Mundium des Ehemannes ein Theil des öffentlichen Rechtes sei, so hängt dies mit seiner Auffassung dieser Verhältnisse zusammen, welche erst weiter unten geprüft werden kann.

[23]) Vgl. Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch. III. §. 451. — Berck, Brem. Güterrecht der Ehegatten S. 117. — Wigand, Provinzialrechte der Fürstenthümer Paderborn und Corvey II. S. 40. — Deiters, die eheliche Gütergemeinschaft nach dem Münster'schen Provinzialrechte S. 130. — Runde, deutsches eheliches Güterrecht S. 155. — Heydemann, die Elemente der Joachim. Constitution S. 259. 264. — Pauli, Abhandlungen aus dem lübischen Recht II. S. 59. 93. 117. — Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I. S. 442. 447.

§. 122.

II. Persönliche Rechtsverhältnisse der Ehegatten.

Wenn es irgend ein Lebensverhältniß giebt, welches mehr durch die freie Liebe und die Sitte, als durch die Rechtsregel beherrscht wird, so ist es der Ehestand, wie er sich im Innern des Hauses gestaltet. Ist es erst dahin gekommen, daß wegen Rechtsverletzungen die richterliche Hülfe in Anspruch genommen werden muß, so pflegt auch das ganze Verhältniß unheilbar gestört zu sein, und es erscheint daher ganz natürlich, daß unter Eheleuten fast nur Scheidungsprocesse vorkommen. Selbst die Vermögensverhältnisse gewinnen vorzugsweise erst nach der Auflösung der Ehe ein rechtliches Interesse, indem bis zu diesem Zeitpunkte die feste Regel des Gesetzes, welche an sich freilich in keiner Weise entbehrt werden kann, durch die Einwirkung sittlicher Motive vielfach umhüllt und gemildert wird. Daher wird es auch der Rechtsgeschichte nicht gelingen, ohne die vollständige Berücksichtigung der wichtigsten culturgeschichtlichen Momente die Ehe in ihrer Erscheinung bei einem bestimmten Volke zur klaren Anschauung zu bringen, und die Gesetzgebung hat mehr wie sonst irgendwo, in dieser Lehre darauf zu achten, daß sie sich mit der Volkssitte in Einklang erhält. Die vorstehenden Bemerkungen sollen übrigens nicht darauf hinweisen, daß etwa ein Widerspruch zwischen dem deutschen Rechte nnd dem inneren Wesen der Ehe bestehe; wir dürfen vielmehr annehmen, daß gerade bei unserem Volke eine würdige Auffassung der Ehe in bestimmten Rechtsinstituten sich verwirklicht hat. Nur sind diese nicht vereinzelt, ohne die Umgebung aller thatsächlichen Lebensverhältnisse in ihrer wahren Bedeutung zu verstehen und die allgemeine Veränderung, welcher Bildung und Sitten unterworfen gewesen sind, hat auch in dieser Beziehung ihren Einfluß geäußert.

Im Allgemeinen muß nun auch für diese Lehre beachtet werden, daß es nach der germanischen Rechtsanschauung nicht geboten ist, die wechselseitigen Beziehungen nahe verbundener Personen in die Spitze der römischen universitas zusammen zu fassen, oder sie nach der andern Seite hin in abgeschlossene Sonderrechte aufzulösen, und in der Summe der einzelnen Befugnisse und Verpflichtungen das Wesen der Vereinigung zu suchen. Was früher über die Bedeutung der Genossenschaft für das

---

— Euler, Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 17. 19. — Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. §. 6. II. 1. §. 7. 9. — Roth und v. Meibom, Kurhess. Privatrecht I. §. 103. — Roth, Bayr. Civilrecht I. §. 69—71. — Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts II. 2. S. 210 ff. II. 3. S. 329 ff.

deutsche Rechtsleben gesagt worden ist[1]), findet auch hier seine Anwendung, indem sich die Ehe nicht zu einer juristischen Person im technischen Sinne verdichtet hat, sondern eine Rechtsgemeinschaft geblieben ist, welche durch die Individualität der Theilnehmer getragen wird, für diese aber eine so innige Vereinigung begründet, daß sie in den gemeinsamen Angelegenheiten namentlich nach außen hin als eine Einheit erscheinen und handelnd auftreten. Soll aber ein Verein eine solche Wirksamkeit haben, so bedarf er einer bestimmten Organisation, welche es möglich macht, daß sich der Einzelwille der Genossen in rechtlichen Beziehungen zu einem Gesammtwillen gestaltet und äußerlich darstellt. Diese Aufgabe hat das deutsche Eherecht erreicht, indem es die gleiche Stellung der Ehegatten in wesentlichen Beziehungen anerkennt, dem Manne aber einen vorwaltenden Einfluß einräumt.

Die Frau ist die Genossin des Mannes und nimmt Theil an seiner Ehre und seiner Arbeit[2]); aber da sie wegen ihres Geschlechtes der eigenen Vertretung entbehrt, so muß er ihr im Kampfe und vor Gericht vorstehen, und übt überhaupt das Mundium, welches er bei Eingehung der Ehe von dem Vater oder Vormunde erwirbt, über sie aus. Dies bezeichnet seine Stellung jedoch nur in Beziehung auf die formelle Vertretung; der Mann ist aber das Haupt in der ehelichen Gemeinschaft, nicht allein des Weibes Vogt, sondern auch ihr Meister[3]), noch nach

---

1) S. oben §. 67.

2) Tacitus, Germania cap. 18. Ipsis incipientis matrimonii auspiciis admonetur (mulier): venire se laborum periculorumque sociam, idem in pace, idem in proelio passuram ausuramque. — Sächs. Landr. B. III. Art. 45. §. 3. „Dat wif is ok des mannes genotinne tohant alse sie in sin bedde trit". — Freiburger Stadtrodel §. 25. Omnis mulier est genoz viri sui in hac civitate et vir mulieris similiter.

3) Capit. Pippini ai. 757. (Pertz L. L. I. p. 29. Boretius I. p. 39.) cap. 20. — in veritate viri consistat, quia caput est mulieris.— Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 10. Kl. Kaiserr. (Endemann) II. §. 32. — „Sint ein wib muz tun durch gehorsamkeit daz ir man heizzet, als ez billig ist." — „Daz ist da von, daz der man des wibes voget ist unde ir meister." — Ostfries. Landr. B. II. Cap. 189. „Dan de man is alletyt ein hovet synes Wywes und synes Wywes Vormunder." Vgl. Kraut, die Vormundschaft II. S. 345 f., 377. 500., der aber die beiden Elemente, welche die Gewalt des Mannes bilden, zu scharf sondert. Die Rechtssprache des Mittelalters, namentlich in den sächsischen Rechtsquellen, befaßt Beides freilich unter dem Namen der Vormundschaft, aber dadurch wird die Bedeutung der Hausgenossenschaft und die Stellung des Mannes in derselben nur verdeckt, nicht verneint. Vgl. Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts II. 3. S. 218. Note 6. 308. Note 41. 319. Note 76. Die Gegner der durch Kraut vertretenen Ansicht legen auf den Namen ein zu großes Gewicht, indem sie doch die eigenthümliche Natur der Vormundschaft des

späteren Statuten sogar mit einem Züchtigungsrecht ausgestattet[4]), und den Kindern gegenüber sowie in der Vermögensverwaltung von überwiegendem Einfluß. So erscheint der Mann als Haus- und Eheherr, indem ihm seine Gewalt aus verschiedenen Rechtstiteln erwächst, deren genauere Unterscheidung im Einzelnen nicht immer ohne Schwierigkeit ist. Die Frau nimmt dagegen als Hausfrau und Mutter ihre selbständige wenn auch beschränkte Stellung ein; muß auch, wenn sie kein Sonderrecht zu wahren hat, ihre Meinung vor der Entscheidung des Mannes in der Regel zurückstehen, so tritt sie doch, wenn derselbe wegen Krankheit, Abwesenheit oder sonst dauernd verhindert ist, und die Gemeinschaft deswegen des Hauptes entbehrt, an dessen Stelle und übernimmt die Leitung, soweit das Bedürfniß es erheischt und ihre unvollkommene Rechtsfähigkeit es gestattet[5]). Später wird sich zeigen, wie wirksam dies Princip besonders für den Fall erscheint, wenn nach des Mannes Tode die Wittwe mit den Kindern in der Were fortsitzen bleibt.

Dies Rechtsverhältniß während der Ehe und insbesondere die bevorzugte Stellung des Mannes in der Gemeinschaft darf also nicht blos als eine Wirkung der Geschlechtsvormundschaft bezeichnet werden. Das Eherecht blieb vielmehr im Wesentlichen dasselbe, auch nachdem jenes Institut seinen ursprünglichen Charakter verloren hatte, und so verhält es sich auch jetzt noch nachdem es in den deutschen Staaten ganz

---

Ehemannes anerkennen müssen, s. Rive, Geschichte der deutschen Vormundschaft I. S. 265. II. 1. S. 148 ff. II. 2. S. 136 f. — v. Martitz, das eheliche Güterrecht des Sachsensp. §. 83. — Agricola, die Gewere zu rechter Vormundschaft S. 175 ff. 243 ff.

[4]) Hamburg. Stadtr. von 1270. IX. Art. 29. „Tüchtiget een man syn wiff, ofte sleit he se, unde se des vorschuldet hevet, dat mot he wol don. Mer sleit he se dot, dat sal he beteren mit syneme lywe. — Rev. Hamb. Stadtr. Th. IV. Art. 48. „Sonst wird mäßige Züchtigung dem Ehemanne über seine Hausfrau, den Eltern über ihre Kinder, den Praeceptorn über ihre discipulen, dem Hauswirth und der Hausmutter über Knechte und Gesinde, billig erlaubt und zugelassen." — Vgl. Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen II. Nr. 16. §. 14. — Baumeister, Hamburg. Privatrecht II. §. 72.

[5]) Pauli, Abhandlungen II. S. 42—44. — Euler, die Güter- und Erbrechte der Ehegatten in Frankfurt a. M. S. 36. — Sommer, im Neuen Archiv für Preuß. Recht IX. S. 307. — Kraut, die Vormundschaft II. S. 346. 441—42. 502. — Seuffert XVI. Nr. 56. 227. XIX. Nr. 99. Vgl. Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 202—4. 374. — Preuß. Gesetz über das eheliche Güterrecht in der Provinz Westphalen v. 16. Apr. 1860. §. 4. Abweichend sind die Erk. bei Seuffert VII. Nr. 104. XIV. Nr. 98. während das. XXIV. Nr. 246. angenommen wird, daß die eheliche Gewalt wegen dauernder Verhinderung des Mannes aufhört, ohne daß der Uebergang derselben auf die Frau wenigstens ausdrücklich anerkannt wird.

aufgehoben worden ist. Selbst da, wo man nicht, wie an einigen Orten geschehen[6]), die Vormundschaft über die Frau ausdrücklich beibehalten hat, ist doch die Familiengewalt des Mannes soweit in Wirksamkeit geblieben, als sie nicht in der Ergänzung der beständigen Rechtsfähigkeit der Frau bestand[7]). Dem Manne gebührt als dem Haupte der Familie, für deren Unterhalt er zu sorgen hat, vorzugsweise die Leitung und Vertretung der ehelichen Rechtsgemeinschaft; er hat insbesondere auch die Frau als ein Glied der ehelichen Rechtsgemeinschaft nach außen hin zu vertreten, insoweit sie dessen bedarf[8]), und gewährt ihr dadurch einen Schutz, welcher es möglich gemacht hat, daß fast allgemein die besondere Bevormundung der minderjährigen Ehefrau für überflüssig hat erachtet werden können[9]).

Dies sind die leitenden Gesichtspunkte der Lehre; bei der Durchführung im Einzelnen kommt es dann freilich sehr darauf an, welche besonderen Institutionen des ehelichen Güterrechts gerade vorliegen. Doch ist dies nicht allein entscheidend, wie es denn auch vom Standpunkte des gemeinen Rechtes nicht bezweifelt werden kann, daß die Familiengewalt des Mannes an sich nicht durch die Geltung der ehelichen Gütergemeinschaft bedingt wird[10]). So wie diese Gewalt aber mit der Abschließung der Ehe begründet wird, so hört sie mit der Auflösung derselben — durch Tod oder Scheidung auf; andere Gründe der Beendigung z. B. die Insolvenz des Mannes sind nach gemeinem Rechte nicht anzuerkennen[11]).

---

6) So in Bremen, s. Berck, Brem. Güterrecht der Ehegatten S. 193. 207.

7) Falck, Handbuch IV. §. 66. — Kraut, die Vormundschaft II. §. 75. — Seuffert III. Nr. 63. 179.

8) Baier. Landr. Th. I. Cap. 6. §. 12. — „Hört die Curatel einer minderjährigen Ehefrau nach geschehener Verehelichung alsogleich auf, und wird mit der Postestate maritali, worunter dieselbe während der Ehe zu stehen hat, verwechselt." — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 184. „Der Mann ist das Haupt der ehelichen Gesellschaft: und sein Entschluß giebt in gemeinschaftlichen Angelegenheiten den Ausschlag. §. 185. Er ist verbunden, seiner Frau standesmäßigen Unterhalt zu gewähren. §. 188. Der Mann ist schuldig und befugt, die Person, die Ehre und das Vermögen seiner Frau in und außer Gerichten zu vertreten. §. 189. In der Regel kann daher die Frau ohne Zuziehung und Einwilligung des Mannes mit Andern keine Processe führen." — Oesterr. Gesetzb. §. 91. „Der Mann ist das Haupt der Familie. In dieser Eigenschaft steht ihm vorzüglich das Recht zu, das Hauswesen zu leiten; es liegt ihm aber auch die Verbindlichkeit ob, der Ehegattin nach seinem Vermögen den anständigen Unterhalt zu verschaffen, und sie in allen Vorfällen zu vertreten." — Code civ. art. 1388. Les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfans, ou qui appartiennent au mari comme chef — —.

9) S. unten §. 122. Note 25. — Pufendorf, observatt. jur. I. obs. 12.

10) Haubold, Lehrbuch §. 70. — Kraut a. a. O. II. S. 330.

11) Vgl. Kraut a. a. O. §. 101.

§. 123.

III. Persönliche Rechtsverhältnisse der Eltern und Kinder; insbesondere von der väterlichen Gewalt.

Es entspricht der deutschen Rechtsanschauung von der Organisation der Ehe, wenn einzelne Rechtsquellen von einer Gewalt der Eltern über die Kinder sprechen[1]); man darf dabei nur nicht an ein gleiches Recht beider Ehegatten denken, sondern muß die bevorzugte Stellung des Mannes in der Hausgenossenschaft als maaßgebend betrachten. Wenn daher auch die Mutter an der Erziehung der Kinder Theil nimmt, so wird doch in zweifelhaften Fällen der Wille des Vaters den Ausschlag geben[2]), und auch bei der Einwilligung in die Ehe der Kinder wird dieser Grundsatz zur Anwendung zu bringen sein, wenn nicht, wie

---

[1]) Frankfurt. Reformation Th. III. Tit. 8. §. 9. — Hohenloh. Landr. Th. IV. Tit. 1. §. 3. Andere Statuten s. bei Kraut a. a. O. II. S. 685., der aber selbst keine befriedigende Erklärung des Rechtsverhältnisses giebt.

[2]) Dies muß auch als das richtige Princip gelten, welches die Civilgesetzgebung für die religiöse Erziehung der Kinder in gemischten Ehen aufzustellen hat, und ist anerkannt im Hannov. Gesetz v. 31. Juli 1826. §. 1. „Dem Ehemanne als dem Haupte der Familie soll die uneingeschränkte Befugniß verbleiben, blos nach eigener Ueberzeugung zu bestimmen, in welchem Glaubensbekenntnisse seine ehelichen Kinder zu erziehen sind." Vgl. Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 74. „Die Anordnung der Art, wie das Kind erzogen werden soll, kommt hauptsächlich dem Vater zu. §. 76. Sind die Aeltern verschiedenen Glaubensbekenntnissen zugethan, so müssen bis nach zurückgelegtem vierzehnten Jahre die Söhne in der Religion des Vaters, die Töchter aber in dem Glaubensbekenntnisse der Mutter unterrichtet werden." — Preuß. Declaration v. 21. Novbr. 1803. „Eheliche Kinder sind jedesmal in der Religion des Vaters zu unterrichten, und kann kein Ehegatte durch Verträge zu Abweichungen von dieser Regel sich verpflichten." — Pr. Rescript v. 25. Novbr. 1813. „Die Mutter ist verpflichtet, die Kinder in der Religion erziehen zu lassen, in welcher sie bis zu dem Tode des Vaters erzogen sind. — — Baier. Relig. Edict v. 26. Mai 1818. §. 12. „Wenn in einem gültigen Ehevertrage zwischen Aeltern, die verschiedenen Glaubensbekenntnissen zugethan sind, bestimmt worden ist, in welcher Religion die Kinder erzogen werden sollen, so hat es hierbei sein Bewenden. §. 14. Sind keine Ehepacten oder sonstige Verträge hierüber errichtet —; so folgen die Söhne der Religion des Vaters, die Töchter werden in dem Glaubensbekenntniß der Mutter erzogen." — Württemb. Relig. Edict v. 15. Oct. 1806. §. 6. „Die Kinder aus (gemischten) Ehen werden in der Regel, bis zu den Unterscheidungsjahren in der Religion des Vaters erzogen. Es ist jedoch den Eheleuten erlaubt, eine nach dem Geschlechte der Kinder getheilte Erziehung, oder jede andere Bestimmung deßfalls festzusetzen —; jene Verträge sind aber nur dann gültig, wenn sie vor der Obrigkeit der Gatten abgeschlossen worden." Vgl. Kraut, Grundriß §. 185. — Glück, Commentar II. S. 260—62. — v. Roth, System II. §. 159. Note 31. — B. Hübler, Eheschließung und gemischte Ehen in Preußen. Berlin 1883.

früher meistens geschehen ist, der verneinenden Stimme der Mutter gleichfalls die Entscheidung beigelegt worden[3]). Von einer mütterlichen Gewalt neben der des Vaters kann sonst während der Ehe im technischen Sinne nicht die Rede sein, und nur dann stellt sich die Sache nach manchen Rechten anders, wenn die Ehe durch den Tod des Vaters aufgelöst ist. Nach einigen Volksrechten scheint selbst eine Geschlechtsvormundschaft über die Wittwe nicht bestanden zu haben[4]); muß dies nun auch jedenfalls als eine Ausnahme betrachtet werden, so ist es doch unzweifelhaft, daß es sehr gebräuchlich war, der Mutter nach dem Tode des Mannes die Pflege über die Kinder anzuvertrauen[5]), indem sie sich, insoweit es ihre beschränkte Rechtsfähigkeit nothwendig machte, des Beistandes ihres Geschlechtsvormundes oder anderer dazu bestellter Vormünder bediente[6]) oder im Allgemeinen nur der Aufsicht des Familienrathes unterworfen war[7]). Diese Einrichtung erscheint dann als die Fortführung der Familiengewalt des Mannes über die Hausgenossenschaft, und schließt sich an die Fortsetzung der letzteren an, indem die Mutter mit den Kindern in der Were zu bleiben pflegte. Doch hat sich in Betreff der mütterlichen Gewalt der Wittwe kein gemeines Recht ausgebildet; vielmehr gelten jetzt, insoweit Particularrechte nicht abweichen, die Vorschriften des römischen Rechts über die Vormundschaft der Mutter[8]), deren Durchführung freilich, zumal bei der modernen Entwickelung des Vormundschaftsrechts, kein befriedigendes Ergebniß gewährt.

Was nun die väterliche Gewalt betrifft, so hat sich das Mundium in dieser Anwendung noch bestimmter, als es schon nach deutschem Rechte der Fall war, von der Vormundschaft geschieden, indem in dieser Beziehung das römische Recht zur Geltung gelangt ist. Die wichtigste

---

[3]) Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 11. Art. 2. — Kraut, die Vormundschaft II. S. 686. Ueber das heutige Recht s. oben S. 547.

[4]) Kraut a. a. O. S. 267. 672.

[5]) L. Burgund. Tit. 85. cap. 1. — L. Wisigoth. lib. IV. tit. 2. cap. 13. Einfluß des römischen Rechtes mit Cropp, jurist. Abhandlungen I. Nr. 14. S. 299. und Kraut a. a. O. S. 672. gerade in dieser Lehre so früh anzunehmen, scheint eben so bedenklich, als die erzwungene Auslegung jener Stellen bei Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgesch. I. §. 55. Entscheidend sind die zahlreichen Quellenzeugnisse des späteren Mittelalters, welche das Institut des älteren Rechts wiederholen, s. Kraut a. a. O. S. 675. Note 15.

[6]) Pauli, Abhandlungen II. S. 144.

[7]) Berck, Brem. Güterrecht der Ehegatten S. 353. — Donandt, Geschichte des Brem. Stadtrechts II. S. 140 ff.

[8]) Pfeiffer, pract. Ausführungen II. Nr. 4. — Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen I. Nr. 14. — Kraut a. a. O. §. 111. 112.

Folge dieser Trennung besteht aber darin, daß die vielfachen Beschränkungen, welchen die Vormundschaft besonders im neueren Rechte unterworfen worden ist, von der väterlichen Gewalt fern geblieben sind. Sonst findet in Betreff der allgemeinen rechtlichen Wirkung dieses Instituts zwischen den Grundsätzen des deutschen und des römischen Rechts doch eine gewisse Uebereinstimmung statt, und insofern sie von einander abweichen, haben die ersteren meistens den Sieg davon getragen, indem das schroffe Prinzip der römischen Potestas bei uns nicht hat durchgeführt werden können. Folgende Punkte sind hier vornämlich zu berücksichtigen.

I. Die väterliche Gewalt steht nur über eheliche Kinder zu; doch ersetzt in dieser Beziehung die Legitimation den Mangel der Geburt, insofern sie nicht als s. g. legitimatio minus plena nur den Makel der Unehrlichkeit zu entfernen bestimmt ist[9]). Auch durch die Adoption kann die väterliche Gewalt begründet werden, indem die Vorschriften des römischen Rechts für dieses Geschäft zur Anwendung kommen; doch ist dasselbe bei uns wenig gebräuchlich geworden[10]), und läßt jedenfalls die Wirkungen, welche aus den natürlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern hervorgehen, z. B. die Alimentationspflicht[11]) fortbestehen. Beide Institute, die Legitimation und Adoption, haben übrigens nur auf dem Gebiete des gemeinen Landrechts ihre volle Geltung; die Beschränkungen, denen sie in Betreff der Lehensuccession und des Adelsrechts unterworfen sind, können aber erst später erörtert werden.

II. Das besondere Rechtsverhältniß zwischen dem Vater und den in seiner Gewalt befindlichen Kindern und zwischen den letzteren, welches man als unitas personarum zu bezeichnen pflegt, findet nach heutigem Rechte nicht statt; die genannten Personen können vielmehr jetzt, wie nach den Grundsätzen des älteren deutschen Rechts, gültige Verträge mit einander abschließen, nur daß dem minderjährigen Kinde, wenn der Vater mit ihm kontrahirt, zu diesem Akte ein besonderer Vormund bestellt werden muß[12]). Was dagegen die Frage betrifft, ob Kinder Er-

---

[9]) Baier. Landr. Th. I. Cap. 5. §. 9. — Haubold, Lehrbuch §. 91. — Ueber das Geschichtliche der Lehre s. Eichhorn, Staats- und Rechtsgeschichte III. §. 449. — Pauli, Abhandlungen III. S. 26—32. — v. Roth a. a. O. §. 153. — Stobbe, Handbuch IV. §. 257.

[10]) Freiburg. Stadtr. v. 1520. Bl. 78b. „(Die Adoption) in unser Statt bißhär nit viel gebrucht ist." — Pufendorf, observatt. jur. III. obs. 46. — Strube, rechtliche Bedenken II. Nr. 62. — Stobbe a. a. O. §. 258. — v. Roth a. a. O. §. 154. 155. — Sehr ausführliche Bestimmungen hat das Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 666—716.

[11]) Falck, Handbuch V. §. 91. — Seuffert I. Nr. 70.

[12]) Glück, Commentar II. S. 272—75. — Kraut, die Vormundschaft II. S. 632—38. — Seuffert I. Nr. 333. III. Nr. 333. VII. Nr. 195. XIV. Nr.

satz für die häuslichen und wirthschaftlichen Dienste fordern können, welche sie dem Vater leisten, so ist dieselbe zu verneinen, da erst mit der Aufhebung der väterlichen Gewalt das Kind die freie Verfügung über seine Arbeitskraft erlangt, so lange es sich aber in der Hausgenossenschaft befindet, der Anordnung des Vaters zu folgen hat[13]).

III. Daß auch nach heutigem Rechte die Aufhebung der väterlichen Gewalt durch eine ausdrückliche Emancipation, und zwar durch die s. g. Justinianische gültig geschehen kann, ist wohl nicht zu bezweifeln[14]); doch wird sich selten eine Veranlassung zu diesem bei uns wenig eingebürgerten Geschäfte finden und das römische praemium emancipationis wird der Vater auf keinen Fall in Anspruch nehmen können, da es eben der Lohn für die freiwillige Aufgebung der Gewalt ist, diese aber nach unserem Rechte mit dem Eintreten bestimmter Thatsachen von selbst aufhört, und die Gunst des Vaters sich also darauf beschränkt, daß er die Selbständigkeit des Kindes früher, als er dazu verpflichtet ist, herbeiführt[15]). — Wenn es nämlich auch dem Wesen des väterlichen Mundiums bei den Deutschen nicht entspricht, dasselbe nur als ein Recht oder gar als eine Pflicht des Schutzes hinzustellen, und die selbständige Gewalt des Inhabers, welche im älteren Rechte zum

44. XVII. Nr. 255. XXVIII. Nr. 139. (Abweichende Ansichten des O. A. Gerichts zu Celle s. ebendas. XIII. Nr. 267. XV. Nr. 30.)

13) Seuffert I. Nr. 354. VII. Nr. 196. VIII. Nr. 59. IX. Nr. 174. XVII. Nr. 256. (Das letzte Erk. bei Buchka und Budde, Entscheidungen IV. Nr. 58.). XIX. Nr. 160. Manche halten unter gewissen Voraussetzungen das Kind für berechtigt, eine Entschädigung zu fordern, — wenn es dem Vater einen Dienstboten oder Gesellen erspart, s. Glück, Commentar a. a. O. S. 266—68. — Kraut a. a. O. S. 638—40., was v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen II. Nr. 55. VII. Nr. 78. auf ländliche Arbeiten beschränken; oder wenn das Kind schon in dem Alter ist, daß es selbst einen Dienstvertrag schließen kann, s. Falck a. a. O. S. 11. Ein abweichendes Gewohnheitsrecht ist freilich auch in dieser Beziehung zu beachten.

14) Strube, rechtliche Bedenken II. Nr. 68. — Kraut a. a. O. S. 643. — Strippelmann, neue Sammlung V. S. 541—42. Vgl. Frankfurt. Reformation Th. II. Tit. 1. §. 9. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 214. „Ein noch minderjähriger Sohn kann vor zurückgelegtem zwanzigsten Jahre, selbst mit Einwilligung des Vaters, der väterlichen Gewalt nicht entlassen werden. §. 215. Nach zurückgelegtem zwanzigsten Jahre, und bis zur erlangten Volljährigkeit des Sohnes, kann der Vater nicht genöthigt werden, denselben aus seiner Gewalt zu entlassen. §. 216. Wenn aber der Vater in diesem Zeitraume seinen Willen, den Sohn zu entlassen, mit Beistimmung des Sohnes, bei dem vormundschaftlichen Gerichte verlautbart: so hat dieses zugleich alle Wirkungen einer Majorennitätserklärung.“ Anhang §. 91. „Diese gesetzliche Vorschrift findet bei der Entlassung von Töchtern keine analogische Anwendung.“ — Sächs. Gesetzb. §. 1831.

15) Kraut a. a. O. S. 665—67.

Theil so schroff hervortritt, zu leugnen; so unterscheidet sich doch dieses Mundium von der römischen Potestas wesentlich dadurch, daß es in seiner Dauer durch die Theilnahme des Kindes an der väterlichen Hausgenossenschaft bedingt ist. Tritt das Kind aus dieser heraus und begründet für sich ein selbständiges Hauswesen, so erlangt es dadurch dieselben Rechte, welche die römische Emancipation ihm gewährt: es wird der väterlichen Gewalt enthoben[16]). Dies Prinzip zeigt sich in zwiefacher Hinsicht wirksam.

a. Begründung des eigenen Haushaltes. Die eheliche Genossenschaft, an der auch die Kinder, obgleich in untergeordneter Stellung Theil nahmen, bezog sich gleichmäßig auf die persönlichen Verhältnisse und das Vermögen. Konnte nun auch aus besonderen Gründen die Gemeinschaft mit den Kindern nach der einen Seite hin aufgehoben und nach der anderen fortgesetzt werden (s. unten §. 131), so erstreckte sich doch die Ausscheidung gewöhnlich auf das ganze Verhältniß; namentlich pflegte dem Sohne, wenn er einen selbständigen Haushalt begründete, eine Beihülfe aus dem elterlichen Vermögen gegeben zu werden, und indem eine solche Absonderung vor Gericht oder doch unter Zuziehung der Verwandten geschah, wurde die Thatsache, welche die väterliche Gewalt beendigte, mit rechtlicher Gewißheit festgestellt[17]). Daß die Großjährigkeit, welche nach älterem Rechte verhältnißmäßig so früh eintrat, an sich nicht dieselbe Wirkung gehabt hat, ist mit Sicherheit anzunehmen[18]).

---

16) Vgl. Zimmermann, Archiv für civ. Praxis. L. Nr. 10. Gegen die, besonders von J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. I. ex. 21. cap. 2. vertheidigte Ansicht, daß die deutschrechtliche Aufhebung der väterlichen Gewalt nicht die volle Wirkung der römischen Emanicipation habe, s. Chr. U. Grupen, disceptationes forenses (Lips. 1737. 4.) cap. II. membr. 3. p. 208—49. Vgl. Seuffert V. Nr. 37.

17) Sächs. Landr. B. II. Art. 19. §. 1. „Die vader mach wol den sone sunderen von ime vor gerichte mit jewelkem gude, dat die sone annamen wel, svo kleine is si." — B. I. Art. 11. 13. — B. II. Art. 17. Vgl. oben § 120. Note 6.

18) Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt Kraut a. a. O. S. 591—602. 650—53., weil die älteren Rechtsquellen über die Aufhebung der väterlichen Gewalt durch den eigenen Haushalt des Sohnes schweigen. Aber er vermag doch nicht das neuere Juristenrecht, welches er behauptet, dogmengeschichtlich zu erklären, und nimmt überhaupt auf das Wesen der betreffenden Rechtsinstitute, besonders auf die Bedeutung der Hausgenossenschaft nicht die gebührende Rücksicht. Es fehlt jedoch auch nicht ganz an älteren Quellenzeugnissen; s. Berner Handfeste v. 1218. Art. 49. Quamdiu filius est sub patris potestate, et sine uxore, nec a patre rebus vel matrimonio fuerit juste et legitime separatus etc. Kaiserrecht (Endemann) B. II. Cap. 4. „Der Kaiser hat geboten dem vater und der

Nach der Aufnahme des römischen Rechts wurde auch in Uebereinstimmung mit dem älteren Rechte von den Juristen und der Landesgesetzgebung, insbesondere der sächsischen, der getrennte Haushalt als Grund der Aufhebung der väterlichen Gewalt anerkannt und demselben die Wirkung der Emancipation beigelegt[19]), daher emancipatio tacita oder juris Saxonici; auch bezweifelt Niemand die heutige gemeinrechtliche Geltung des Instituts. Dasselbe entbehrt aber in einzelnen Beziehungen der juristischen Bestimmtheit, da bei der Beurtheilung thatsächlicher Verhältnisse der fehlende Formalismus nicht immer durch eine prinzipielle Rechtsentwickelung vollständig ersetzt werden kann.

1. Die Großjährigkeit an sich hebt die väterliche Gewalt nicht auf[20]), indem nur der großjährige Sohn zur Begründung des eigenen Haushaltes, welche jene Wirkung herbeiführt, der Zustimmung des Vaters nicht bedarf. Der Minderjährige ist dagegen an diese Zustimmung gebunden, und da er, wenn sie erfolgt, selbständig und wie bei der Jahrgebung der Vormundschaft enthoben wird, so ist ein gewisses Alter erforderlich, damit er in diesen Zustande eintrete. Das Nähere muß, wenn das Particularrecht keine genaueren Bestimmungen enthält, nach Sitte und Landesart der väterlichen Anordnung überlassen werden[21]).

---

mutter, daz sie sollen die kint ziehen mit friedlicher bescheidenheit biz an die zeit, daz sie selber kunnen in zu staten passen (al helpen). Cap. 7. Ein iglich kint, daz in sins vaters huse ist, daz sol wissen, daz der kaiser im hat gesatzt, dem vater zu rechter bescheidenheit gehorsam zu sin, ob ez auch hat die jar der bescheidenheit." In den Bestimmungen des Schwäb. Landrechts (Wackernagel) Cap. 53. 159. finde ich eine Uebertragung der römischen Vormundschaftslehre auf das Mundium des Vaters. — Weitere Belege der im Texte vertretenen Ansicht s. bei Otto Stobbe, Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechts (Braunschweig 1865.) Nr. I.

19) U. Zasius ad. L. Utrum turpem. 107. D. de V. O. Nr. 4. — Chursächs. Constitutionen v. 1572. P. II. const. 10. „Da sich Kinder, so zu ihren mündigen Jahren kommen, von dem Vatter mit Anstellung ihrer eigenen Haußhaltung und Nahrung scheiden, daß alsdann solches für eine emancipation zu achten, und derselben Würkung haben soll, ungeachtet, obgleich solche Emancipation anderer Gestalt und für Gericht nicht geschehen und fürgenommen würde.

20) Sächs. Gesetzb. §. 1832. — Seuffert XVI. Nr. 58. Eine abweichende Vorschrift hat das Oesterr. Gesetzb. §. 172., womit auch der Code civ. art. 372. übereinstimmt.

21) Die Ansichten der Juristen und die Particularrechte stimmen freilich nicht überein. Manche lassen nur den großjährigen Sohn durch eigenen Haushalt der väterlichen Gewalt enthoben werden; andere verlangen die s. g. plena pubertas, die neueren Gesetzbücher das vollendete zwanzigste Lebensjahr, s. Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 215. (oben Note 14.) — Oesterr. Gesetzb. §. 174., oder die Einwilligung eines dem Kinde hierzu bestellten Vormundes, s. Sächs. Gesetzb. §. 1832. Vgl. überhaupt Glück, Commentar II. S. 436—37, und über die, dem

2. Die Thatsache der Begründung eines eigenen Haushaltes ist unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Verhältnisse festzustellen[22]). Daß der Sohn sich seinen Unterhalt selbst erwirbt, genügt so wenig wie die Uebernahme eines Staatsamtes, um diesen Erfolg herbeizuführen[23]), und umgekehrt schließt nicht jede Unterstützung, welche ihm von Seiten des Vaters zu Theil wird, die rechtliche Bedeutung des eigenen Haushaltes aus. Das entscheidende Moment ist, daß der Sohn ganz und für die Dauer von dem väterlichen Hause sich getrennt und seine eigene Wirthschaft begründet hat. Ein abhängiges Dienstverhältniß schadet seiner Selbständigkeit in dieser Beziehung nicht unbedingt: auch ist bei der Trennung vom Hause und der eigenen Wirthschaft nicht allein auf die äußere, ökonomische Einrichtung des Hauswesens, z. B. wo der Sohn gerade seinen Tisch nimmt, zu sehen. Die Sonderung der bürgerlichen Existenz muß aber bestimmt hervortreten, und daher ist es von Wichtigkeit, ob der Sohn auch in seiner allgemeinen bürgerlichen Stellung durch die Erwerbung eines eigenen Domicils von der Rechtssphäre des Vaters losgebunden erscheint.

3. Das ganze Institut ist seiner Wirksamkeit nach zunächst auf die Söhne berechnet; begründet aber eine Tochter, ohne sich zu verheirathen, ein selbständiges Hauswesen, so wird die analoge Ausdehnung der aufgestellten Grundsätze auf dieses Verhältniß sich rechtfertigen lassen, wenn der Vater seine Zustimmung zu der Einrichtung gegeben hat[24]).

b. Die Heirath. Nach älterem Rechte hob die Ehe der Tochter welche in das Mundium ihres Ehemannes überging, die väterliche Ge-

---

Wesen des Instituts entsprechende richtige Ansicht v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen VII. Nr. 29. — Eichhorn, Einleitung §. 316. — Mittermaier, Grundsätze II. §. 373. — Kraut a. a. O. II. S. 654—56. Ueber die Jahrgebung durch den Vater oder den Familienrath nach älterem Rechte s. ebendas. S. 88. 89.

22) Vgl. Seuffert XI. Nr. 52. XVII. Nr. 257. — „Eigen Feuer und Rauch" ist der Ausdruck, der sich in älteren Statuten zur Bezeichnung des thatsächlichen Verhältnisses häufig findet, s. Wendisch-Rügianischer Landgebrauch Tit. 116. „Eigen Fuer und Roek maket den Wehrt in Ruigen under den Buhren mündig, all feilde idt em ock an den Jahren." — Frankfurt. Reformation Th. II. Tit. 1. I. 9. — „ihre eigene Haußhaltung und Handthierung angestellt, eigen Haus, Feuwer und Rauch halten." — Ueber den eigenen Haushalt im Sinne des Gemeinderechts s. Seuffert XXIV. Nr. 208.

23) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 219. — Seuffert III. Nr. 269. V. Nr. 30.

24) Kraut a. a. O. S. 658—60. Dagegen bestimmt das Pr. A. L. R. a. a. O. §. 230. „Eine unverheirathete Tochter kann, auch wenn sie großjährig ist, nicht anders als durch ausdrückliche Erklärung, der väterlichen Gewalt entlassen werden."

walt auf, und auch jetzt tritt dieselbe Wirkung ein, ohne Rücksicht darauf, ob eine eheliche Vormundschaft im technischen Sinne besteht oder nicht, ob die Tochter großjährig oder noch minderjährig ist. Das Gewohnheitsrecht, welches sich in dieser Beziehung gebildet hat, beruht auf der richtigen Anschauung, daß das Verhältniß der Ehegatten und die dem Manne gebührende eheliche Gewalt den Einfluß des Vaters oder Vormundes der Frau nicht gestatten[25]). — Auch wenn ein Sohn sich verheirathen sollte, ohne zugleich einen selbständigen Hausstand zu begründen, so wird man Bedenken tragen, die väterliche Gewalt noch in ihrem vollen Umfange über ihn anzuerkennen. Auf der andern Seite wird sich für einen solchen Fall, der doch immer nur eine seltene Ausnahme bildet, und die väterliche Hausgenossenschaft nicht aufhebt, ein ähnliches Gewohnheitsrecht, wie bei der Heirath der Tochter, schwerlich nachweisen lassen, wenn es auch an particularrechtlichen Vorschriften, welche die Söhne in dieser Beziehung wie die Töchter behandeln, nicht fehlt[26]).

IV. Eheliches Güterrecht*).

§. 124.

Aelteres Rechtssystem.

Das allgemeine Prinzip, welches die deutsche Ehe zu einer genossenschaftlichen Rechtsgemeinschaft unter den Eheleuten gestaltete, zeigte sich auch in Betreff ihrer Güterverhältnisse wirksam: das zusammenge-

---

[25]) Kraut a. a. O. S. 89—91. 172—87. 561—63. 660—62. „Abweichend ist die Vorschrift des Pr. A. L. Rs. a. a. O. §. 228. „Wenn eine Tochter, unter ertheilter, oder vom Richter ergänzter Einwilligung des Vaters heirathet, so hört die väterliche Gewalt über sie auf. §. 229. Ist sie aber noch minderjährig: so bleiben dem Vater bis zur erlangten Volljährigkeit, alle Rechten und Pflichten eines, einer verheiratheten Pflegbefohlenen bestellten Vormundes." Vgl. Th. II. Tit. 18. §. 736—806. und Preuß. Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875. §. 12. Abs. 1. Dieselbe Auffassung findet sich in anderen Gesetzen und Rechtssprüchen, s. Stobbe, Handbuch IV. S. 510. Note 11., welcher (S. 511.) das römische Recht wegen dessen Reception in complexu hier als gemeinrechtliche Regel anwenden will, während v. Roth, (System II. S. 366.) weniger consequent das Gegentheil annimmt.

[26]) Souchay, Anmerkungen zu der Frankf. Reformation I. S. 29—30. — A. Stölzel, das Recht der väterlichen Gewalt in Preußen. (Berlin 1874.) S. 18. Der richtigen Ansicht ist das Sächs. Gesetzb. §. 1833. gefolgt.

*) Die Literatur dieser Lehre ist in neuester Zeit vielfach bereichert worden: R. Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland. 1. Th. (Stettin 1863.) Die Zeit der Volksrechte. 2. Th. Die Zeit der Rechtsbücher. 1. Abth. (1868.) Das schwäbisch-bairische Recht. 2. Abth. (1871.) Das fränkische Recht. 3. Abth.

brachte Vermögen ward zu einer Masse vereinigt, auf deren wirthschaftlichen Ertrag der Hausstand gegründet war. Das Sonderrecht der Einzelnen tritt vor dem höheren Zwecke der Gemeinschaft zurück: Mann und Weib haben kein gezweiet Gut, so lange sie zusammen leben[1]). Natürlich aber machte sich auch nach dieser Seite hin die Organisation der Ehe geltend, welche den Mann als das Haupt und den Vertreter der Genossenschaft erscheinen läßt: ihm gebührt die eigentliche Leitung der gemeinsamen Wirthschaft, von welcher die Vermögensverwaltung nur einen Theil ausmacht. Auffallend ist es nur, daß der Sachsenspiegel diese Machtvollkommenheit des Mannes auf seine vormundschaftliche Gewalt zurückführt, da diese doch zunächst nur dazu bestimmt war, die beschränkte Rechtsfähigkeit der Frau zu ergänzen und Schutz und Vertretung zu gewähren[2]). Es heißt indessen der älteren Rechtsanschauung vielleicht zu viel zumuthen, wenn man erwartet, daß sich in ihr die verschiedenen Befugnisse, welche dem Mann als Hausherrn und als ehelichem Vogt zustanden, immer klar geschieden haben sollten, zumal wenn es zunächst nur um die allgemeine Bezeichnung seiner Gewalt zu thun war[3]). So viel steht aber fest, daß die Rechte, welche er über des

(1874.) Das sächsische und friesische Recht. — F. v. Martitz, das eheliche Güterrecht des Sachsenspiegels und der verwandten Rechtsquellen. Leipzig 1867. — A. Agricola, die Gewere zu rechter Vormundschaft als Princip des Sächsischen ehelichen Güterrechts. Gotha 1869. — H. Bocke, gemeines eheliches Güter- und Erbrecht in Deutschland. 2 Bde. Nördlingen 1873. — P. Roth, Bayrisches Civilrecht I. §. 68—88. und System II. §. 92—147. — Stobbe, Handbuch IV. §. 217—49. (die Literatur der Lehre das. S. 63—66.) — Neubauer, das geltende eheliche Güterrecht unter Benutzung amtlicher Quellen. Berlin 1879. 4.

[1]) Sächs. Landr. B. I. Art. 31. §. 1. „Man unde wif ne hebbet nein getweiet gut to irme live." — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 33. „Man unde wip mugen niht gehaben dahein guot gezweihet." S. überhaupt die geistreiche Skizze, welche Hasse in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft IV. Nr. 2. von dem Güterrechte der Ehegatten nach dem älteren deutschen Rechte gegeben hat, und Cropp in den jurist. Abhandlungen II. Nr. 16. S. 437 ff. — Chr. L. Runde, deutsches eheliches Güterrecht (Oldenburg 1841.) §. 3. 5—10. 33. — Kraut, die Vormundschaft II. S. 344 ff. — Roth Bayr. C. R. S. 319 ff.

[2]) Sächs. Landr. a. a. O. §. 2. „Svenne en man wif nimt, so nimt he in sine gewere al ir gut to rechter vormundscap." — Aeltere Rechtsquellen heben die einheitliche Gewalt des Mannes hervor, ohne sie gerade, wie Schröder a. a. O. I. S. 126. meint, als eine vormundschaftliche zu bezeichnen. S. z. B. L. Burg. tit. 100. (add. I. tit. 13.) — jubemus ut maritus ipse facultate ipsius mulieris, sicut in eam habeat postetatem, ita et de omnes res suas habeat.

[3]) Vgl. oben §. 122. Note 3. Daß die eheliche Vogtei sich noch während des Mittelalters wesentlich verändert habe, mehr als der Wechsel der Sitten es überhaupt mit sich brachte, wie Finsler, de obligatione uxoris circa solvenda

Weibes Vermögen ausübte, weit über die Grenzen einer vormundschaftlichen Vertretung hinausgingen, und nur in seiner Stellung als Haupt der ehelichen Gemeinschaft ihre Erklärung finden[4]). Denn er hatte nicht nur die Verwaltung des beiderseitigen Vermögens und die Entscheidung über die Verwendung des Ertrages, sondern auch das Recht der Veräußerung, indem nur in Betreff der Grundstücke die Zustimmung der Frau von ihm erwirkt werden mußte. Eine gewisse Herrschaft über der Frauen Gut stand ihm also zu, wenn sie auch beschränkt war, und zwar ohne Zweifel noch mehr durch die Sitte als durch die Rechtsregel[5]). Daher erklärt es sich, daß einzelne Rechtsquellen dem Manne eine Gewere am Frauengute beilegen, während andere diesen technischen Ausdruck zu vermeiden scheinen[6]). — Aber auch hinsichtlich der Vermögensverhältnisse steht die Frau nicht rechtlos in der Ehe, sondern erscheint als die würdig gestellte Genossin des Hausherrn. Ihres Zustimmungsrechts bei der Veräußerung von Grundstücken ist schon Erwähnung geschehen; es gebührt ihr außerdem, den Mann im Falle der Abwesenheit und sonstiger Verhinderungen zu vertreten[7]), und die Sorge für das innere Hauswesen liegt ihr als selbständiger Beruf ob, und gewährt ihr einen Wirkungskreis, dessen in der Sitte begründete Würde und Bedeutung man nicht nach den vorsichtigen Bestimmungen

---

mariti debita secundum jus germ. medii aevi (Gotting. 1822.) p. 18 sqq. annimmt, läßt sich nicht behaupten.

4) S. Cropp a. a. O. S. 441. — Pauli, Abhandlungen II. S. 1. 70. 98. 107. und besonders Kraut a. a. O. S. 500 ff.

5) Das weiteste Recht der Verfügung legt Hasse a. a. O. S. 75. dem Manne bei, indem er es, wenigstens nach dem Sachsenspiegel, auch auf die Grundstücke ausdehnt, natürlich mit dem Vorbehalt des Beispruchsrechts der nächsten Erben. Ihm folgt v. Martitz a. a. O. §. 10., allein diese Ansicht ist nicht begründet, s. Eichhorn, Staats- und Rechtsgeschichte III. §. 451. Note d. — Albrecht, die Gewere S. 267. — Pauli a. a. O. S. 26. — Agricola a. a. O. S. 409. — Schröder in der Zeitschr. für Rechtsgesch. X. S. 433 ff. und Geschichte des ehelichen Güterrechts II. 3. S. 252. — Dagegen wird allgemein angenommen, daß der Mann über die fahrende Habe der Frau frei habe verfügen können, und nur Kraut a. a. O. S. 445—515. sucht auch in dieser Hinsicht Beschränkungen nachzuweisen, besonders wegen Schwäb. Landr. Cap. 33. Vgl. dagegen Schröder, Geschichte II. 1. S. 110 ff., dem aber nicht beizupflichten, wenn er a. a. O. II. 3. S. 322. den Mann zum Eigenthümer der Fahrniß der Frau macht; vgl. Stobbe, Handbuch IV. S. 77. Note 12.

6) Vgl. Sächs. Landr. B. I. Art. 31. 45. §. 2. mit dem Schwäb. Landr. Cap. 10. 33. 59. — Albrecht, Gewere §. 24. hat den Versuch gemacht, die Gewere zu rechter Vormundschaft als ein besonderes Rechtsinstitut systematisch zu entwickeln. Dies ist weiter ausgeführt von Agricola in der Note * angeführten Schrift; s. dagegen Heusler, die Gewere S. 151 ff.

7) S. oben §. 122. Note 5.

älterer Statuten über das Maaß der erlaubten weiblichen Schulden abmessen darf[8]).

Stellte sich demnach während der Ehe das beiderseitige Vermögen als Eine Masse dar, so ist doch nach älterem deutschen Rechte diese Vereinigung nur insoweit durchgeführt worden, als der Zweck und die Dauer der Ehe es erheischen. Löste dieselbe sich auf, so fielen auch die zusammengebrachten Güter wieder auseinander, insofern nicht über die Zeit der ehelichen Verbindung hinaus diese zu Gunsten des längstlebenden Gatten sich wirksam erwies. Es bestand also, wie jetzt auch allgemein angenommen wird, keine eigentliche Gütergemeinschaft, sondern eine Gütervereinigung oder Gütereinheit zum Besten der ehelichen Genossenschaft. Die ursprüngliche Beschaffenheit der einzelnen Güterarten verlor während der Ehe ihre Bedeutung nicht, und das besondere Recht der Ehegatten trat in mehreren, dem deutschen Recht eigenthümlichen Einrichtungen hervor, welche im Allgemeinen freilich mehr für den Zeitpunkt der Auflösung der Ehe als während derselben ihre Wirkung äußerten.

I. Die Grundlage des ehelichen Vermögens bildet das von beiden Seiten eingebrachte Gut, dem schon in ältester Zeit der gemeinsame Erwerb der Ehegatten (die Errungenschaft) entgegengesetzt wird[9]); doch erscheint dieser Begriff da, wo eine Zerlegung des Nachlasses nach anderen Kategorien statt findet, von keiner bestimmten praktischen Wirksamkeit.

II. Unter den eingebrachten Gütern der Frau wird besonders die Mitgift hervorgehoben[10]). Dieselbe konnte in dem Adels- und Bauernstande die Bedeutung einer Abfinduug von dem elterlichen Nachlaß haben; gewöhnlich bestand sie wohl, bis in den reichen Handelsstädten eine glänzendere Ausstattung üblich wurde[11]), regelmäßig, wie es noch heute

---

[8]) Tacitus, Germ. cap. 15. — delegata domus et penatium et agrorum cura feminis. Vgl. Stobbe, Handbuch IV. §. 220.

[9]) L. Ribuar. (Sohm) tit. XXXVII. cap. 2. — et terciam (partem) de omne (re), quod simul conlaboraverit, sibi studiat evindicare. — L. Saxon. tit. VIII. (Richthofen 48.) De eo, quod vir et mulier simul conquisierint, mulier mediam porcionem accipiat: hoc apud Westfalaos; apud Ostfalaos et Angarios nihil accipiat, sed contenta sit dote sua. — L. Wisigoth. lib. IV. tit. 3. cap. 16. — Wormser Dienstrecht Art. 1. (Walter c. j. g. a. III. app. p. 775.) — — et quicquid simul acquisierant, si quis eorum alterum supervixerit, totum habeat in sua potestate, et quicquid inde facere velit, faciat.

[10]) Grupen, de uxore Theotisca (Göttingen 1748. 4.) cap. III. — J. Grimm, Rechtsalterthümer S. 429. — Weinhold, die deutschen Frauen 2. Aufl. I. S. 326 ff. — Schröder a. a. O. II. 3. S. 20 ff.—356 ff. Ueber die Heimsteuer in Schwaben und Baiern s. Schröder a. a. O. II. 1. S. 11 ff.

[11]) Pauli, Abhandlungen I. S. 76. II. S. 7. 56. 66. 74.

Sitte ist, in einer Aussteuer an beweglichen Sachen zum persönlichen Gebrauche der Frau und zu wirthschaftlichen Zwecken. Daraus erklärt sich die Entstehung der Rade oder Gerade im sächsisch-thüringischen Stammesrecht, indem die Sachen, welche darunter befaßt wurden, meistens auch zur Aussteuer gehörten, und also ein bevorzugter Anspruch der Frau und ihrer weiblichen Verwandten auf dieselben sich leicht entwickeln konnte[12]). Den Gegensatz zu diesem Vermögenstheile bildete dann die kriegerische Rüstung des Mannes (das Heergeräthe oder Heergewette), welche den Schwertmagen zufiel[13]). — Als Gegenleistung aber für die Mitgift der Frau kommt schon früh eine Widerlage von Seiten des Mannes vor[14]).

III. Bei Eingehung der Ehe pflegte der Mann seiner Frau ein Leibgeding zur Wittwenversorgung auszusetzen, gewöhnlich in der Form eines dinglichen Nutzungsrechts an Grundstücken[15]); außerdem war noch eine Morgengabe gebräuchlich, eine Schenkung beweglicher Sachen, welche die Frau am Hochzeitsmorgen zu freiem Eigenthume erhielt[16]).

---

[12]) L. Angl. et Werin. tit. VI. cap. 6. tit. VII. cap. 3. (Richthofen 32. 38.) — Sächs. Landr. B. I. Art. 24. §. 3. — Grimm a. a. O. S. 566 ff. — Heydemann, die Elemente der Joachim. Constitution S. 75 ff. — Siegel, das deutsche Erbrecht §. 31.

[13]) L. Angl. et Werin. tit. VI. cap. 5. (Richthofen 31.) — Sächs. Landr. B. I. Art. 22. §. 4. — Grimm a. a. O. — Heydemann a. a. O. — Der Schwabenspiegel, dessen Rechtssystem die Gerade fremd ist, kennt doch das Heergeräthe als Todtleibe im engeren Sinne, s. Siegel a. a. O. S. 172—73.

[14]) Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 23. — Vgl. Kraut, die Vormundschaft II. S. 480 ff. — Koehler, de contradote juris Germanici. Kiliae 1837. 4. — Eckardt, in der Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 462 ff. — Schröder a. a. O. II. 1. S. 76 ff. II. 2. S. 236 ff.

[15]) Sächs. Landr. B. I. Art. 21. §. 1. — Schwäb. Landr. Cap. 20. 21. — Albrecht, Gewere §. 22. — Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. S. 197 —217. — Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I. S. 104—6. 282. — v. Martitz a. a. O. S. 193 ff. — Agricola a. a. O. S. 480. — Schröder a. a. O. II. 1. S. 71 ff. II. 2. S. 214 ff.

[16]) Sächs. Landr. B. I. Art. 20. — Schwäb. Landr. Cap. 19. — Beseler, Lehre von den Erbvertr. a. a. O. S. 217—21. — v. Martitz a. a. O. S. 216 ff. — Agricola a. a. O. S. 472 ff. — Schröder a. a. O. II. 1. S. 24 ff. II. 2. S. 242 ff. Die allerdings auffallende Zusammenstellung der Sachen, welche nach dem Sachsenspiegel als Vermehrung des Leibgedings zur Morgengabe gereicht werden, hat Kraut a. a. O. S. 538 ff. veranlaßt, dieselbe nach diesem Rechtsbuch ausnahmsweise als Vergabung von Todes wegen aufzufassen. Aber diese Ansicht ist ganz unhaltbar. — Uebrigens ist zu bemerken, daß zuweilen auch das Leibgeding unter dem Namen der Morgengabe vorkommt; s. Kraut a. a. O. S. 537. Note 14. — Schröder a. a. O. II. 2. S. 242 ff.

IV. Von Bedeutung für das Güterrecht der Ehegatten war von Alters her der Vertrag, sowohl für die Verhältnisse unter Lebenden[17]), als auch von Todes wegen. Doch ist der Erbvertrag unter Ehegatten erst im späteren Mittelalter an die Stelle der alten Vergabung getreten[18]).

V. Nach Aufhebung der Ehe fiel das durch sie vereinigte Vermögen der Eheleute wieder nach seinen ursprünglichen Bestandtheilen aus einander, wenn nicht eine wechselseitige Vergabung von Todes wegen oder die Fortführung der Gemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern die Zweiung verhinderte. Allgemein aber galt die Regel, daß der überlebende Ehegatte mehr als sein Eingebrachtes aus der Gemeinschaft herauszog, wenn auch die Beschaffenheit und der Umfang dieses Vortheils verschieden festgestellt waren[19]). Dem für die Ehegenossenschaft aufgestellten Princip gemäß konnte dieser Vortheil, wenigstens soweit er mit der Errungenschaft in Verbindung stand, nicht wohl als ein eigentliches Erbrecht aufgefaßt werden, wenn auch in dieser Beziehung die Ausdrucksweise der Rechtsquellen zuweilen eine strenge Scheidung der Rechtsbegriffe vermissen läßt[20]). Eine Universalsuccession im Sinne des heutigen gemeinen Rechts war in keiner Weise begründet.

§. 125.

Spätere Entwickelung.

Wenn das eheliche Güterrecht der älteren Zeit in seinen wesentlichen Grundzügen auch als ein gleichartiges dargestellt werden kann, so muß

---

17) z. B. bei der Uebernahme der Mitgift gegen eine Schätzung, s. Sächs. Landr. B. III. Art. 74 a. E., bei der Ausbedingung von Sonder- oder Einhandsgütern (Spielpfennige, denarii truphales), s. Pauli, Abhandlungen II. §. 12. 13. — Berck, über das Bremische Güterrecht der Ehegatten S. 130. — Schröder a. a. O. II. 1. S. 250. II. 3. S. 356 ff. Vgl. oben §. 121. Note 23.

18) Beseler, Lehre von den Erbvertr. II. 1. S. 188 ff.

19) So erhielt die Frau nach dem Sachsenspiegel außer dem Leibgeding nur ihr Eingebrachtes (s. v. Sydow, Erbrecht S. 265. A. M. Schröder a. a. O. II. 3. S. 7 ff.) und Gerade und Mußtheil, (die Hofspeise, s. Sächs. Landr. B. I. Art. 24. §. 2.), blieb aber bis zum dreißigsten Tage nach dem Tode des Ehemanns im Erbe sitzen, s. a. a. O. Art. 22. §. 1. Der Wittwer dagegen gab den Erben der Frau nur das eingebrachte Eigen und die Gerade heraus, s. a. a. O. Art. 31. §. 1. In den meisten späteren Rechtsquellen ist nun das Recht des überlebenden Ehegatten vereinfacht und erweitert; s. den folgenden §.

20) Heydemann a. a. O. S. 49. 61. — Siegel a. a. O. S. 142 ff. Im Allgemeinen muß an die weite Bedeutung der Wörter: Erbe, erben erinnert werden, welche nicht immer auf eine Nachfolge von Todes wegen bezogen wurden; s. Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. S. 13 ff. — Pauli, Abhandlungen II. S. 163.

doch von Anfang an eine gewisse Verschiedenheit einzelner Stammesrechte anerkannt werden, welche in ihrer weiteren Ausbildung auf die Gestaltung der ganzen Lehre einen großen Einfluß ausgeübt hat. Während nämlich nach dem Rechte der Ostfalen und Engern die Wittwe nur auf ein Leibgeding angewiesen war und auf die Errungenschaft keinen Anspruch hatte, verhielt sich die Sache bei den Westfalen und den Franken (wenigstens den ripuarischen) anders: bei diesen Völkerschaften fiel der Wittwe ein bestimmter Antheil an der Errungenschaft zu [1]). Dies letztere Recht weist an sich schon auf eine größere Einheit des Vermögens während der Ehe hin, und da, wo es galt, hat sich später die in demselben ausgesprochene Richtung verstärkt und zur Entwickelung der Gütergemeinschaft wesentlich beigetragen [2]).

Im Allgemeinen zeigt sich aber im deutschen ehelichen Güterrecht ein Entwickelungsproceß, welcher dem in Rom vorgegangenen geradezu entgegengesetzt ist. Während nämlich die Vermögenseinheit der strengen römischen Ehe sich allmählich in das gesonderte Güterrecht des Dotalsystems aufgelöst hat, so tritt bei den Deutschen umgekehrt die entschiedene Neigung hervor, die äußere, durch die Kraft der Ehe zusammengehaltene Gemeinschaft des Vermögens zu verstärken und sie über die Dauer der ehelichen Verbindung hinauszuführen [3]). Freilich konnte dies Ziel nur dann vollständig erreicht werden, wenn die Ansprüche der weiteren Familie an den Grundbesitz, welche in dem Beispruchsrecht der nächsten Erben ihren Ausdruck gefunden hatten, vor der überwiegenden Bedeutung der Ehe zurücktraten, und daher finden sich die neuen Formen des Güterrechts zuerst und am häufigsten bei der städtischen Bürgerschaft, welche ihrer ganzen Richtung nach und bei dem Ersatz, welchen das ausgebildete Gemeindewesen ihr bot, überhaupt darauf angewiesen war, die engen Schranken, welche die ältere Familie errichtet hatte, zu durchbrechen [4]). Auf der anderen Seite konnte dieser Neuerung in denjenigen Ständen, welche ein besonderes Gewicht auf die Familienverbindung legten, am Wenigsten Eingang finden, und so erklärt es sich, daß der hohe Adel unbedingt und meistens auch die Ritterschaft die eheliche Gütergemeinschaft von sich fern gehalten haben, daß aber in den Gegen-

---

1) S. oben §. 12. Note 9.

2) Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen II. S. 455—56. — Heydemann, Elemente der Joachim. Constitution S. 220. — Schröder a. a. O. II. 2. S. 48 ff.

3) P. Roth, über Gütereinheit und Gütergemeinschaft, in dem Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts III. Nr. 13.

4) Hasse, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft IV. S. 98. — Berck, über das Bremische Güterrecht der Ehegatten S. 113. 257. 302.

den, wo sie ein allgemeines landrechtliches Institut wurde, im Interesse der weiteren Familie gewisse Beschränkungen ihrer vollen Wirkung z. B. durch das Fallrecht häufig in Geltung blieben.

Am Längsten hat sich das ältere Güterrechtssystem in dem Gebiete der sächsischen Rechtsquellen, insbesondere also des Sachsenspiegels und des Magdeburger Rechts erhalten. Aber auch in Ostfalen machte sich die auf eine größere Vereinfachung und Gemeinschaft der Rechtsverhältnisse dringende Entwickelung geltend, — theils durch die Aneignung der westfälischen und fränkischen Gütergemeinschaft in einzelnen Städten und Landschaften[5]), theils in Folge der in den Städten sich vollziehenden selbstständigen Rechtsbildung. Hier wurde es unabweisbar, die zum Theil schwerfällige und dem Credit nachtheilige Sonderung des Vermögens nach seinem Ursprunge und seiner Beschaffenheit, zu beseitigen; aber man ging doch in der Regel nicht weiter, als daß man die Ausscheidung der Gerade, der Morgengabe und des Mußtheils aufgab, auch das Leibgeding der Wittwe allmählich fallen ließ, und statt dessen der Wittwe den dritten Theil von dem gesammten Vermögen des verstorbenen Mannes zu freiem Eigenthume überwies[6]). Diese Bestellung des Drittheilsrechts, welches mittelbar auch die Güterrechtsverhältnisse während der Ehe vereinfachte, wurde noch durch die in den märkischen Stadtrechten ausgebildete Gewohnheit übertroffen, daß dem überlebenden Ehegatten die Hälfte des Gesammtvermögens gebühre[7]), — eine Einrichtung, welche in den mecklenburgischen Städten des stargardschen Kreises sich später zu einer wahren

---

[5]) Vgl. Hänel, die eheliche Gütergemeinschaft in Ostfalen, in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte I. S. 273—344. — Grefe, Hannovers Recht II. §. 24. und besonders Schröder a. a. O. II. 3. S. 22 ff. Ueber den Einfluß von Soest auf Lübeck s. das. S. 26 ff. (vgl. Pauli, Abhandlungen II. S. 61 ff.) und von Dortmund auf Hamburg S. 43 ff., sowie über die Bedeutung der flämischen und westfälischen Colonien S. 60 ff., über das thüringische, dem fränkischen nahestehenden Recht S. 187—217.) und über das verschiedenartig gestaltete friesische Recht S. 389—417.

[6]) Verm. Sachsensp. (Ortloff) B. I. Cap. 14. Dist. 4. „Wir in wichbilde der stad, do man dritten teyl gibt, do en ist daz nicht; wenn alle frouwen sin ane lipgedinge, ane morgengabe, ane gerade vorscheyden mit oren dritten teyl, daz er recht eygen ist, do mete sy eynen andern man nemmet, des es denne wert. Nemmet sy keynen andern man unde had nicht kinder, so erbet sy daz uff ore nesten, unde nicht uff ores mannes." Vgl. Cropp a. a. O. Nr. 16. §. 10. — Schröder a. a. O. S. 80 ff. Die Seite 97. aufgestellte Vermuthung, daß das Dritttheilsrecht czechischen Ursprungs sei, ist unhaltbar s. K. v. Czyhlarz, zur Geschichte des ehelichen Güterrechts im Böhmisch-Mährischen Landrecht. Leipzig 1883.

[7]) Diese Gewohnheit, dem Magdeburgischen Rechte bestimmt entgegengesetzt, war schon um das Jahr 1200. fest begründet; s. Heydemann a. a. O. S. 221. — Hänel a. a. O. S. 323—32.

Gütergemeinschaft entwickelte[8]). — Einen andern Entwickelungsgang nahm diese Institution bei denjenigen Stämmen, welche von Alters her eine Errungenschaftgemeinschaft der Ehegatten gehabt hatten und diese im Laufe der Zeit zur Gütergemeinschaft erweiterten. Bei den Westfalen machte sich freilich der Unterschied der beerbten und unbeerbten Ehe geltend, obgleich derselbe häufig überwunden ward und das Erbrecht der überlebenden Ehegatten, ausschließlich oder nach Halbtheilsrecht, allgemeine Anerkennung fand[9]). Bei den Franken kam nach manchen Uebergängen die Gütergemeinschaft in dem Institut der gesammten Hand zum Abschluß, welche nur ein gemeinsames Vermögen beider Ehegatten kennt, dasselbe auch nach Auflösung der Ehe bei dem überlebenden läßt, jedoch so, daß, wenn Kinder vorhanden, diesen die Grundstücke verfangen sind, d. h. sie bleiben in Nutzung und Verwaltung des überlebenden Ehegatten bis zu dessen Tode, müssen aber den Kindern unversehrt erhalten werden. An die Stelle des Verfangenschaftsrecht trat dann häufig das Theilrecht (obgleich dieses auch in ursprünglicher Geltung sich findet), indem den Kindern nach dem Tode des Einen Ehegatten ein bestimmter Bruchtheil des elterlichen Vermögens gesichert ward. Weniger allgemein als das Verfangenschafts- und Theilrecht war das Fallrecht (jus recadentiae s. revolutionis), welches bei der kinderlosen Ehe die Liegenschaften den Verwandten offen hielt[10]). — Später hat dann nach der Reception des

---

[8]) v. Kamptz, Beiträge zum Mecklenburgischen Staats- und Privatrechte II. S. 169—338. IV. S. 195—228. — Handbuch des Mecklenburg. Civilrechts §. 199. — Müller, Beitrag zu der im Stargard'schen Kreise des Großherzogthums Mecklenburg-Strelitz geltenden ehelichen Gütergemeinschaft. Neubrandenburg 1852.

[9]) P. Wigand, die Provinzialrechte der Fürstenthümer Paderborn und Corvey II. (Leipzig 1832.) S. 1—140. — A. C. Welter, Handbuch über das eheliche Güterrecht in Westfalen. Paderborn 1861. — G. R. Peterssen, das eheliche Güterrecht in den Städten und Flecken des Fürstenthums Osnabrück. Osnabrück 1863. — Schröder a. a. O. II. 3. S. 110—46. — Eine Uebersicht der bestehenden Verhältnisse giebt Sommer, neues Archiv für Preuß. Recht XI. Nr. 22.

[10]) S. A. Dewies, das Recht der Verfangenschaft. Köln 1829. und: Lichtstrahlen in das finster umwölkte Verfangenschaftsrecht nach den Statuten der Herzogthümer Jülich-Berg. Köln 1833. — L. H. Euler, die Güter- und Erbrechte der Ehegatten in Frankfurt am Main bis zum Jahre 1509. Frankfurt a. M. 1841. — A. Schwarz, die Gütergemeinschaft der Ehegatten nach fränkischem Rechte. Erlangen 1858. — P. Roth in der Note 3. angeführten Abhandlung. — Georg Sandhaas, Fränkisches eheliches Güterrecht. Gießen 1866. (Das Werk, durch einen seltenen Fleiß in der Zusammenstellung des Quellenmaterials ausgezeichnet, ist leider bei dem zu frühen Tode des Verfassers ein Torso geblieben. Es unterscheidet bei der Auflösung der beerbten Ehe das Verfangenschaftsrecht, Grundtheilrecht und gesetzliches Einkindschaftsrecht; die beiden letzteren Institute sollen aber regelmäßig nur bei einer zweiten Ehe des überlebenden Ehegatten eintreten,

römischen Rechts die Einschiebung des Dotalrechts das deutsche Institut oft schwer beeinträchtigt[11]).

Eine ähnliche Rechtsentwickelung wie diese fränkische findet sich auch im schwäbischen und baierischen Rechte[12]). Schon während der Ehe fand in Betreff der fahrenden Habe eine gewisse Gemeinschaft statt, welche sich auch nach Auflösung der Ehe in dem Recht der Wittwe, für welche es keine besonderen Gerade gab, geltend machte[13]). Außerdem galt die Regel, daß Mann und Weib ihre Liegenschaften nur mit gesammter Hand hingeben dürfen[14]), und das Recht der Kinder aus mehreren Ehen war ähnlich wie im fränkischen Rechte geordnet[15]). Damit

---

s. S. 502. 613. Gegen die Rechtsansichten des Verfassers lassen sich manche Ausstellungen machen; namentlich gilt dies von seiner Ausführung über dasjenige Institut, welches er gesetzliches Einkindschaftsrecht nennt: Modificationen des Verfangenschafts- und Theilrechts in einzelnen Statuten werden dabei in unzulässiger Weise generalisirt und von den rechtlichen Wirkungen des Einkindschaftsvertrags nicht bestimmt genug unterschieden.) — v. Gosen, das Privatrecht nach dem kleinen Kaiserrechte S. 107—55. und besonders R. Schröder a. a. O. II. 2.

11) S. Euler, Zeitschrift für deutsches Recht X. Nr. 1. „Die Fortbildung und Gestaltung des Fränkischen ehelichen Güterrechts seit dem Eindringen des römischen Rechts." — Das fränkische Güterrechtssystem galt im Wesentlichen auch in Württemberg, wurde aber auch hier durch die Landrechtsgesetzgebung zur Errungenschaftsgemeinschaft umgestaltet; s. die Berichte der Städte und Aemter aus dem Jahre 1552. bei Fischer, Versuch über die Geschichte der teutschen Erbfolge II. S. 131. 302., und die lichtvolle Darstellung dieser Einrichtungen von Wächter, Handbuch I. S. 193 ff.

12) Sie ist im Wege des Gewohnheitsrechts vor sich gegangen, und zwar unter einem starken Einfluß des fränkischen Rechts, mit welchem ja einzelne schwäbische Städte ausdrücklich bewidmet wurden. Doch darf man nicht mit Schröder und Roth den selbständigen Assimilirungsproceß und die Befriedigung des eigenen Bedürfnisses zu gering anschlagen, namentlich in Betreff des burgundisch-alemannischen Rechts, s. E. Huber, die historische Grundlage des ehelichen Güterrechts der Berner Handfeste (Basel 1884. 4.) S. 60—62. Im Allgemeinen vgl. Schröder a. a. O. II. 1. „Das schwäbisch-bairische Recht." — Roth, Bayr. Civilrecht I. §. 72 ff.

13) Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 8. 127. 143. 144. Vgl. überhaupt Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I. S. 281—90. — Roth, Jahrbuch III. S. 319. — Schröder a. a. O. S. 157 ff.

14) Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 33. „Ein wip mac ir guot nit hingegeben ân ires mannes willen, noch ein man (Deutschsp. seines guotes) âne sînes wîbes willen, wan als daz buoch vorn säit." Vgl. Kraut, Vormundschaft II. S. 477 ff. — Roth a. a. O. S. 318. — Schröder a. a. O. S. 124 ff., wo die von mir früher noch bezweifelte Geltung der gesammten Hand in dieser allgemeinen Anwendung nachgewiesen ist.

15) Siegel, Erbrecht §. 16. — Roth a. a. O. S. 320 ff. — Schröder a. a. O. S. 156 ff.

hängt es zusammen, daß sich hier die Anwendung des Verfangenschafts- und Theilrechts findet[16]), — ja in einigen schwäbischen Statuten ist die allgemeine Gütergemeinschaft zur Geltung gelangt[17]).

Ueberhaupt läßt sich die Entwickelung des deutschen ehelichen Güterrechts nur in seinen großen Zügen nach der Verschiedenheit der Stämme und Stände schildern; im Einzelnen hat oft der Zufall und Willkühr den Ausschlag gegeben. Daher erklärt sich die große Mannichfaltigkeit der Einrichtungen, die zuweilen auf einen beschränkten Raume unter fast gleichen Voraussetzungen vorkommt, so daß einzelne Bezirke, wie Westfalen, Schleswig-Holstein die bunte Mischung des Ganzen in sich wieder abspiegeln. Dies konnte um so eher geschehen, als mit der Aufnahme des römischen Rechts ein dem deutschen Familienwesen fremdes Princip in die Jurisprudenz eindrang, was sich dann in zwiefacher Weise wirksam zeigte, indem theils das Dotalsystem sich geltend zu machen suchte, theils die sichere Beherrschung der im Volksrechte wurzelnden Institutionen erschüttert ward. Aus diesem Kampfe der verschiedenen Rechtssysteme sind wieder neue Formen der Güterverhältnisse hervorgegangen, welche bald mehr nach der Seite des fremden, bald mehr nach der des einheimischen Rechts neigen. Das Bedürfniß der individuellen Regelung dieser Verhältnisse suchte sich aber in der oft unerträglichen Verwirrung sein Organ, und dazu bot sich vor Allem der Ehevertrag dar, welcher schon in der älteren Zeit für die Ordnung des ehelichen Güterrechts vielfach zur Anwendung gebracht worden war. Besonders aber diente die Vergabung von Todes wegen, welche erst später durch den Erbvertrag abgelöst wurde, dazu, die Richtung auf eine engere Verknüpfung der ehelichen Vermögensverhältnisse zu verwirklichen, und insbesondere die für die Ehe begründete Gütervereinigung auch über ihre Dauer hinaus zum Besten des überlebenden Ehegatten festzuhalten und zu sichern. Indem aber mit diesem Geschäfte bestimmte rechtliche Wirkungen verbunden waren, welche als die nothwendige Folge des Princips der Auflassung erschienen, mußte es geschehen, daß dasselbe auch auf die materielle Gestaltung der ehelichen Gütergemeinschaft von entscheidendem Einfluß wurde[18]).

Die verschiedenen Formen des jetzt geltenden ehelichen Güterrechts scheiden sich nun in zwei Gruppen, je nachdem das Princip der Gemeinschaft oder das der Sonderung des Vermögens in ihnen zum Ausdruck ge-

---

16) Roth a. a. O. und Bayr. Civilrecht I. §. 72. — Schröder a. a. O. S. 183 ff.

17) Roth, Blätter für Rechtsanwendung. 33. Jahrg. Nr. 15—17. und Bayr. Civilr. I. S. 329 ff. — Schröder a. a. O. S. 179 ff.

18) Vgl. oben §. 121. Note 23.

kommen ist, so daß die allgemeine Gütergemeinschaft und das Dotalsystem die beiden äußersten Gegensätze bezeichnen. Zwischen diesen beiden Extremen steht aber in einer gewissen Selbständigkeit die Gütervereinigung, welche sich im Wesentlichen übereinstimmend mit den Grundsätzen der Rechtsbücher erhalten hat und eine besondere Darstellung erheischt, während diejenigen Institute, in denen die beiden bezeichneten äußersten Richtungen nur in einer mehr oder weniger abgeschwächten Weise durchgeführt worden sind, bei der principiellen Erörterung der Hauptlehren berücksichtigt werden können. Demnach ist zuerst von dem gesonderten Güterrecht (§. 126.), dann von der Gütervereinigung oder Gütereinheit (§. 127.) und zuletzt von der Gütergemeinschaft (§. 128—30.) zu handeln. Wenn bei dieser Eintheilung zunächst freilich nur die während der Ehe bestehenden Rechtsverhältnisse in Betracht kommen, so ist doch schon hier zu bemerken, daß die verschiedene Beschaffenheit derselben auch über die Dauer der Ehe hinaus ihre Wirksamkeit zeigt, indem die natürliche Erscheinung eintritt, daß, je enger die Vermögenseinheit unter den Ehegatten gewesen, desto nachhaltiger auch ihr Einfluß auf das Recht des Längstlebenden ist. In dieser Beziehung hat aber eine Rechtsentwickelung statt gefunden, welche sich nicht genau an die während der Ehe bestehenden Güterrechtsverhältnisse anschließt; denn das Princip des deutschen Rechts, daß dem überlebenden Ehegatten gewisse Vortheile aus der durch den Tod aufgelösten Verbindung gesichert werden müssen, ist zum Theil auch da in Geltung geblieben, wo im Uebrigen das Dotalsystem aufgenommen worden. Doch gehört diese Seite des ehelichen Güterrechts dem Erbrechte an: in der folgenden Darstellung ist sie nur in so weit berücksichtigt worden, als sie unmittelbar mit dem Rechtsinstitut, welches während der Ehe gilt, zusammenhängt und mit demselben nicht blos äußerlich verbunden, sondern als dessen nothwendige Folge und Ergänzung erscheint. Dies ist aber in gewisser Weise sowohl bei der Gütervereinigung als auch bei der Gütergemeinschaft der Fall, und zwar nicht allein für den überlebenden Ehegatten, sondern auch für die Kinder, deren Rechtsverhältniß gleichfalls durch die Beziehung zu der ehelichen Genossenschaft, deren Glieder sie sind, bestimmt wird. Daher mußte das Recht der Kinder in der Were, so wie die Lehre von der Abschichtung und der Einkindschaft (§. 31—33.) in diesem Abschnitte ihre Darstellung finden.

§. 126.

Das gesonderte eheliche Güterrecht.

Obgleich das römische Recht für die ehelichen Güterverhältnisse nur zu einer beschränkten Geltung gelangt ist, und den deutschen Rechtsformen in räumlicher Ausdehnung weit nachsteht, so ist demselben doch auch für diese Lehre die Bedeutung der gemeinrechtlichen Regel vindicirt worden, so daß eine allgemeine Vermuthung gerade für das Dotalsystem bestehen soll[1]). Allein eine solche Unterscheidung verschiedener Arten des gemeinen Rechts blos nach dem Ursprunge der Rechtsquellen ist nicht begründet; die Frage, ob römisches oder deutsches Güterrecht und beziehungsweise welche Form des letzteren im besonderen Fall zur Anwendung kommt, muß nach den allgemeinen Grundsätzen über die Rechtserkundung beantwortet werden[2]). Findet sich dann das römische Institut in Geltung, so sind die für dasselbe aufgestellten Normen insoweit zur Anwendung zu bringen, als nicht eine Abweichung von derselben in der modernen Rechtsbildung sich herausstellt.

I. Das Princip des römischen Rechts, daß, insofern nicht ein Vermögenstheil zur Dos bestimmt ist, die Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten ohne besondere Verabredung vollständig getrennt erscheinen, steht mit der ehelichen Gewalt des Mannes, welche das deutsche Recht ausgebildet hat, im unmittelbaren Widerspruch; auch hat gerade da, wo diese deutsche Rechtsanschauung in ihrem ganzen Umfange festgehalten worden ist, das römische Güterrecht sich nicht festsetzen können. Es läßt sich aber auch umgekehrt behaupten, daß in den Gegenden, wo das Dotalrecht zur Anerkennung gelangt ist, die eheliche Gewalt des Mannes für die Güterverhältnisse eigentlich ihr Ende hat erreichen müssen. Mit dieser Annahme läßt sich die früher aufgestellte Ansicht, daß die Familiengewalt des Mannes noch immer in einem gewissen Grade das Recht der Ehe bestimme, recht wohl vereinigen. Denn es ist ja eben das Wesen des Dotalsystems, daß das Vermögen der Frau im Allgemeinen

---

1) Neuerdings hat besonders Runde, deutsches eheliches Güterrecht §. 4., mit dem v. Roth, System des deutschen Privatrechts II. S. 42. übereinstimmt, diese Ansicht verfochten. Das erscheint um so auffallender, wenn man das enge Geltungsgebiet des Dotalrechts ins Auge faßt: nach Schröder, das eheliche Güterrecht Deutschlands (Berlin 1875.) S. 30. beziffert sich dessen Gesammtbevölkerung noch nicht auf eine Million Seelen, während v. Roth, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft I. S. 94. wohl zu optimistisch 2,740,000 herausrechnet.

2) S. oben §. 8—19. Weiter geht zu Gunsten der deutschrechtlichen Gütervereinigung F. Rathmann, einige Worte über eheliches Güterrecht nach heutigem gemeinen Rechte in Deutschland. Chemnitz 1859.

nicht für die eheliche Rechtsgemeinschaft bestimmt ist; es kann also deren Vertretnng und Leitung durch den Mann das abgesonderte Recht der Frau nicht erfassen. Der persönliche Schutz aber, welchen sie bei dem Haupte der Familie findet, reicht nur so weit, als sie dessen bedarf, und ihre Vermögensfähigkeit im Allgemeinen ist nicht zu bezweifeln[3]).

Indessen hat doch die Bedeutung, welche auch das moderne Recht der Familiengewalt des Mannes beilegt, meistens auf das eheliche Güterrecht eingewirkt, selbst wenn für dasselbe die deutschen Rechtsformen nicht beibehalten worden sind. So hat das Oesterreichische Gesetzbuch, obgleich es in dieser Lehre im Wesentlichen dem römischen Recht folgt, doch einzelne Bestimmungen aufgestellt, welche eine Annäherung an das deutsche Recht in sich schließen[4]). Noch weiter ist man in denjenigen Rechten gegangen, welche zwar die gesonderten Güterverhältnisse der Ehegatten principiell anerkennen, namentlich auch der Frau wegen ihres Eingebrachten eine hypothekarische Sicherheit am Vermögen des Mannes gewähren, dem letzteren aber doch im Sinne der älteren deutschen Gütereinheit die Verwaltung und Benutzung des Frauengutes von Rechts wegen einräumen. Der Schwerpunkt dieser, unter dem Einfluß der sächsischen Jurisprudenz ausgebildeten Institution, welche gewöhnlich als ehemännlicher Nießbrauch (ususfructus maritalis) bezeichnet wird[5]), liegt

---

[3]) S. oben §. 122. Note 7—9.

[4]) Oesterr. Gesetzb. §. 1238. „So lange die Ehegattinn nicht widersprochen hat, gilt die rechtliche Vermuthung, daß sie dem Manne als ihrem gesetzmäßigen Vertreter die Verwaltung ihres freyen Vermögens anvertraut habe. §. 1239. Der Ehegatte wird in Rücksicht einer solchen Verwaltung zwar überhaupt wie ein anderer bevollmächtigter Sachwalter angesehen; doch haftet er nur für das Stammgut oder Capital. Ueber die während der Verwaltung bezogenen Nutzungen ist er, wenn es nicht ausdrücklich bedungen worden, keine Rechnung schuldig; diese wird vielmehr bis auf den Tag der aufgehobenen Verwaltung für berichtigt angesehen. §. 1240. Auch die Ehegattin ist nicht schuldig, den Fruchtgenuß, den sie ihrem Manne abgetreten, aber während der Ehe selbst bezogen hat, zu verrechnen; es steht aber den Ehegatten frey, dergleichen stillschweigend eingestandene Verwaltung einzustellen."

[5]) Ueber das sächsische Recht s. Sächs. Gesetzb. §. 1655—90. — Haubold Lehrbuch §. 70—76. — Sachse, Handbuch §. 143—52. — Ortloff, Grundzüge §. 329. Auch das Pr. A. L. R. steht im Wesentlichen auf diesem Standpunkte, s. Th. II. Tit. 1. §. 205. „Durch die Vollziehung der Ehe geht das Vermögen der Frau in die Verwaltung des Mannes über; insofern diese Verwaltung der Frau durch Gesetze oder Verträge nicht ausdrücklich vorbehalten worden. §. 231. In Ansehung des eingebrachten Vermögens der Frau hat der Mann alle Rechte und Pflichten eines Nießbrauchers (Th. I. Tit. 21. Abschn. 1.). §. 259. In welcher Ordnung die Frau aus der Masse befriedigt werden müsse, wird in der Concursordnung bestimmt." Ueber die holsteinischen Rechte s. Falck, Handbuch IV. §. 71.

auf der Seite des Sonderrechts, und dieser Gesichtspunkt muß bei der Entwickelung des Einzelnen festgehalten werden. Wenn daher auch von dem Manne keine Sicherheitsstellung wie bei dem römischen Nießbrauch und keine Rechnungslegung wie bei der Verwaltung eines anderen fremden Vermögens verlangt werden kann[6]), so ist seine Befugniß doch im Allgemeinen auf den Begriff der Verwaltung zu beschränken, eine Veräußerung ohne Zustimmung der Frau also nur insofern für zulässig zu halten, als sie z. B. hinsichtlich der bezogenen Früchte, aus der Natur der Wirthschaftsführung hervorgeht[7]). Selbst für die Einziehung von Capitalien pflegt die Einwilligung der Frau verlangt zu werden[8]); überhaupt aber ist dieser Nießbrauch im Interesse der Ehegemeinschaft begründet und nicht als ein einseitiges Recht des Ehemannes aufzufassen, so daß namentlich im Fall seiner Ueberschuldung ein Anspruch auf den anständigen Unterhalt der Frau und der Kinder aus dem Ertrage des Frauengutes gerechtfertigt ist[9]).

II. Eine Dos im Sinne des römischen Rechts ist erst nach dessen Aufnahme in Deutschland bekannt geworden, gehört aber jetzt unserem Rechtssysteme an, in sofern nicht die Grundsätze der ehelichen Gütergemeinschaft sie ausschließen, oder die besonderen Institute des Adels- und Bauernrechts eine Abweichung begründen[10]). Unter dem Begriff der Dos pflegt jetzt auch die Aussteuer (Ausfertigung, Brautwagen, adparatus s. instructus muliebris) befaßt zu werden[11]), indem besondere Gründe

---

und überhaupt Runde a. a. O. §. 42—49., welcher die unangemessene Bezeichnung „nießbräuchliche Gütergemeinschaft" vorschlägt.

6) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 255. — Sächs. Gesetzb. §. 1669. — Archiv für das oldenburg. Recht III. Nr. 24. IV. Nr. 9. Bedarf es hier einer römischen Analogie, so ist sie in dem Rechte des Familienvaters an den Adventitien der Kinder zu finden.

7) Sächs. Gesetzb. §. 1674—75. — Sachse a. a. O. §. 144. Das Pr. A. L. R. a. a. O. §. 247. bestimmt freilich: „Ueber die eingebrachten Mobilien hat der Mann die freie Verfügung"; aber dem Wesen des sächsischen Institutes entspricht diese, dem älteren Rechte entlehnte Vorschrift nicht.

8) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 233—44. — Sächs. Gesetzb. §. 1677. — Haubold a. a. O. §. 70. Note c. — Runde a. a. O. §. 46. — Archiv für das oldenburg. Recht IV. Nr. 9.

9) Cursächs. erläuterte Proceßordnung ad tit. 39. §. 21. — Sächs. Gesetzb. §. 1683. — Pr. A. L. R. a. a. O. §. 258. — Francke, in dem Archiv für civ. Praxis XVIII. S. 7. Note 19.

10) Eichhorn, Einleitung §. 302. — Roth, Bayr. Civilrecht I. §. 78. — Seuffert XX. Nr. 139. Vgl. oben §. 124. Note 11.

11) Pufendorf, observatt. jur. I. obs. 206. — Strube, rechtliche Bedenken I. Nr. 53.

entgegenstehen müssen, um diese Annahme auszuschließen[12]). In den Rechten aber, welche den ehemännlichen Nießbrauch ausgebildet haben, hat die Unterscheidung der Dotal- und Paraphernalgüter während der Ehe ihre eigentliche Bedeutung verloren, indem es im Wesentlichen darauf ankommt, wie die Rechte der Frau an ihrem Eingebrachten, den Gläubigern des Mannes gegenüber gewahrt sind. In dieser Beziehung hat die sächsische Praxis zwischen demjenigen Vermögen, welches die Frau bei Eingehung der Ehe eingebracht, und dem, welches später hinzugekommen ist, unterschieden, und nur für das erstere die römischen Pfandprivilegien, dagegen für das letztere nur eine gewöhnliche gesetzliche Hypothek an dem Vermögen des Mannes eingeräumt[13]); andere Particularrechte geben dem Frauengut, ohne Rücksicht auf die Zeit des Einbringens, die Vorzüge des Dotalgutes[14]). Wo aber, wie jetzt gewöhnlich, durch die Einrichtung der Hypothekenbücher die römischen Pfandprivilegien beseitigt sind und an Stelle der gesetzlichen Hypothek nur ein Anspruch auf die Eintragung gegeben ist, da hat jene Unterscheidung ihre Bedeutung verloren[15]).

III. Die besonderen Güterarten des älteren Rechts, welche zum Besten der Frau von dem übrigen in der Ehe vereinigten Vermögen ausgeschieden waren, sind fast ganz verschwunden, indem sie entweder in die Gütergemeinschaft aufgegangen sind, oder in der statutarischen Erbgebühr und den modernen Formen der Wittwenversorgung ihren Ersatz gefunden haben. Insbesondere kommt die Gerade selbst in dem Bereiche des bäuerlichen Güterrechts wohl kaum noch vor[16]), und wenn auch die Morgengabe noch in den neueren Gesetzbüchern als ein allge-

---

12) Insoweit ist den von Grupen, de uxore Theotisca cap. III. §. 9. sqq. erhobenen Bedenken nachzugeben; auf die Erwägung des einzelnen Falles stellt Alles Thibaut, System I. §. 334. Im Allgemeinen ist jedoch zu bemerken, daß bei der Beurtheilung der Aussteuer als einer Dos mehr an die Privilegien der Ehefrau, als an das Eigenthumsrecht des Mannes gedacht wird, während doch, wenn das Institut im römischen Sinne anzuwenden ist, eine solche Scheidung nicht zulässig erscheint. — Ueber die Verpflichtung zur Collation der deutschen Aussteuer s. das Erk. bei Seuffert XXV. Nr. 249.

13) Haubold, Lehrbuch §. 74. — Sachse, Handbuch §. 150.

14) Falck, Handbuch IV. §. 71.

15) Sächs. Gesetzb. §. 390. „Kraft des Gesetzes hat die Ehefrau, so lange die Ehe besteht, wegen ihres dem Ehemanne bei Eingehung der Ehe oder während der Ehe eingebrachten beweglichen Vermögens einen Rechtsgrund zur Erwerbung einer Hypothek an den Grundstücken ihres Ehemannes." — Pr. A. L. R. a. a. O. §. 254. — Runde a. a. O. §. 46.

16) S. jedoch Pufendorf l. c. I. obs. 93. — IV. obs. 136.

mein gültiges Rechtsinstitut aufgeführt wird[17]), so ist deren praktische Bedeutung doch nicht hoch anzuschlagen, selbst nicht für das particulare Adelsrecht, in welchem sie sich am Längsten erhalten hat[18]). Soweit sie noch gilt, sind die Grundsätze des älteren Rechts für dieselbe als maaßgebend anzusehen; die Frau erwirbt das Eigenthum an der übergebenen Morgengabe, hat aber im Fall der Auslobung kein gesetzliches Pfandrecht an des Mannes Vermögen zur Sicherung ihres Anspruchs[19]).

Wichtiger als diese Institute, wenn auch vorzugsweise nur im Kreise des Adels- und Bauernrechts üblich, ist die Wittwenversorgung, welche sich auf Grund des älteren Leibgedings und der Widerlage entwickelt hat.

a. Das Witthum (vidualitium). Im weiteren Sinne wird darunter jeder Vortheil verstanden, welchen die Frau außer der statutarischen Erbgebühr aus dem Nachlasse des Mannes erhält; im engeren Sinne ist es diejenige Wittwenversorgung, welche ihr unabhängig von dem eingebrachten Heirathsgute zukommt[20]). Dieselbe kann in Nutzungen von Landgütern und Capitalien oder in jährlichen Renten bestehen, und wird in neuerer Zeit auch durch den Einkauf in Wittwenkassen oder Lebensversicherungsgesellschaften beschafft[21]). Im Allgemeinen liegt dem Institut noch das Prinzip des älteren Leibgedings oder der Leibzucht zum Grunde[22]), welches besonders bei dem Witthume des hohen Adels und dem Altentheile des Bauernstandes klar hervortritt. Daher bedarf

---

17) Baier. Landr. Th. I. Cap. 6. §. 16. — Pr. A. L. R. a. a. O. §. 207. — Oesterr. Gesetzb. §. 1232. Vgl. Lüneburg. Polizeiordnung v. 1618. Cap. 24. §. 3. — Grefe, Hannovers Recht II. §. 20.

18) Brem. Ritterrecht Tit. 6. §. 3. (Die in §. 1. und 2. behandelte s. g. Morgengabe ist das Leibgeding des älteren Rechts.) — Für die sächsische adliche Wittwe hatte sich ein besonderes Recht der gesetzlichen Morgengabe und des Mußtheils erhalten, welches aber durch das Mandat über die Erbfolge v. 31. Jan. 1829. §. 99. 100. aufgehoben worden ist; s. Haubold, Lehrbuch (3. Aufl.) §. 404—407 b. Vgl. auch Brem. Ritterrecht Tit. 8. Vom Muß-Theile.

19) v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen II. Nr. 45. Abweichend ist das Pr. A. L. R. a. a. O. §. 269.

20) Diese Begriffsbestimmung des Vidualitium im Gegensatze zu dem später zu erwähnenden Dotalitium ist jetzt gebräuchlich, s. Eichhorn, Einleitung §. 306. — Eckardt, in der Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 488., in der älteren Rechtssprache werden aber beide Bezeichnungen nicht so genau auseinander gehalten. S. überhaupt Strube, vom Ursprung des teutschen Wittums und Leibgedings, in den Nebenstunden V. Nr. 37. und Eckardt a. a. O. S. 437—93. Eine eigenthümliche Unterscheidung des Witthums und Leibgedings hat das Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 457 ff., s. Bornemann, systemat. Darstellung VI. S. 213—14.

21) S. oben §. 117.

22) S. oben §. 124. Note 15.

es in der Regel einer ausdrücklichen Bestellung[23]), und es muß, falls diese nicht unmittelbar durch gerichtliche Auflassung geschieht, eine hypothekarische Sicherung hinzukommen, damit die Frau ein dingliches Recht erlange. Auch hat sie die Nutzungen und Hebungen immer nur auf Lebenszeit und verliert sie nach dem neueren Rechte in der Regel, wenn sie den Wittwenstuhl verrückt[24]), was früher nicht der Fall war[25]).

b. Die Widerlage, das Gegenvermächtniß (contrados). Die römische donatio propter nuptias ist in Deutschland nicht als gemeines Recht recipirt worden[26]), wenn es auch nicht an Bestrebungen gefehlt hat, sie zur Geltung zu bringen[27]). Dies hat aber nur bewirkt, daß das einheimische Rechtsinstitut der Widerlage theils particularrechtlich modifizirt[28]), theils in neueren Gesetzbüchern, wenn auch in abgeänderter Form, zu einer allgemeineren Anerkennung gelangt ist[29]). Mit der Widerlage in Verbindung steht die Besserung des Brautschatzes (lucrum s. augmentum dotis), welche aber ebenso wie das ursprüngliche Institut nur noch eine sehr beschränkte Geltung hat[30]).

c. Eigenthümlich gestaltete sich aus einer Vermischung des Rechts der Widerlage und der Leibzucht, unter Einwirkung der römischen donatio propter nuptias daß sächsische Leibgeding (dotalitium).

---

23) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 456. ff. — Oesterr. Gesetzb. §. 1242. — Haubold, Lehrbuch §. 406. — v. Kamptz, Mecklenburg. Civilrecht §. 203. Abweichende Bestimmungen enthält für die adliche Wittwe das Baier. Landrecht Th. I. Cap. 6. §. 15. Vgl. auch Brem. Ritterrecht Tit. VII.

24) Brem. Ritterrecht a. a. O. §. 4. — Pr. A. L. R. a. a. O. §. 471. — Oesterr. Gesetzb. §. 1244. — v. Kamptz a. a. O. Note. 16.

25) Sächs. Landr. B. III. Art. 76. §. 3. Auch das gesetzliche Leibgeding der adlichen Wittwe in Sachsen (s. unten Note 31.) wird noch nach demselben Princip beurtheilt, weil das Heirathsgut darin steckt; s. Haubold a a. O. §. 403 a. und überhaupt Strube, rechtliche Bedenken I. Nr. 124. II. Nr. 145. Dagegen verfügt das Sächs. Gesetzbuch §. 1705.: „Sind einer Ehefrau gewisse Vortheile auf den Todesfall ihres Ehemannes zu ihrem Unterhalte ausgesetzt, Wittwengehalt, Witthum, Leibgedinge, so finden darauf die Bestimmuugen über den Leibrentenvertrag Anwendung. Der Wittwengehalt gebührt der Wittwe von dem Tode ihres Ehemannes an und wird durch Eingehung einer anderweiten Ehe verloren."

26) Francke, Archiv für civilist. Praxis XXVI. S. 84. A. M. ist Windscheid, Pandectenr. II. §. 508. a. E.

27) Glück, Commentar XXV. S. 308 ff.

28) Haubold a. a. O. §. 78. — Roth, Bayr. Civilrecht I. S. 337.

29) Baier. Landr. Th. I. Cap. 6. §. 14. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 456. 459. 469. — Oesterr. Gesetzb. §. 1230—31.

30) Dithmarsisches Landr. Art. 34. — Brem. Ritterrecht Tit. IV. §. 3. Tit. V. — Falck, Handbuch IV. S. 435. 476—77. — v. Kamptz, Mecklenburg. Civilrecht §. 203. Vgl. überhaupt Eckardt, Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 474—78. und oben §. 124. Note 14.

Die adliche Wittwe kann nach diesem Institut, wenn keine Eheverträge errichtet sind, ihr Heirathsgut fordern, oder statt dessen als Wittwenversorgung die zwiefache Verzinsung des Heirathsgutes, also zehn Prozent von dem eingebrachten Capital[31]). Diese Einrichtung, welche auch in anderen Ländern des Sächsischen Rechts Eingang gefunden hat[32]), ist im Königreich Sachsen selbst aufgehoben worden[33]).

§. 127.

Die eheliche Gütervereinigung.

Wenn die Grundsätze des älteren deutschen Güterrechts unter den Ehegatten in dem ehemännlichen Nießbrauche nur noch einen schwachen Ausdruck gefunden haben, und sie wiederum in der Gütergemeinschaft nach einer anderen Richtung hin verändert worden sind; so ist ihnen doch immer noch ein wenn auch beschränktes Gebiet übrig geblieben, auf welchem sie, so weit die moderne Form der Lebensverhältnisse und die Umwandlung des Rechtssystems im Allgemeinen es überhaupt gestatten, noch rein zur Anwendung kommen. Denn allerdings zeigt sich der Einfluß, den eine allgemeine Umänderung in den Zuständen des Volks- und Rechtslebens auf einzelne Rechtsinstitute nothwendig ausüben muß, auch hier wirksam. Die überwiegende Bedeutung des Grundbesitzes hat abnehmen müssen, seitdem er von der Familienverbindung abgelöst ist und das Capitalvermögen nicht mehr durch das Rentengeschäft in seiner Rechtssphäre festgehalten wird; auch bedarf die für das ältere Recht so fruchtbare Entwickelung aus den Begriffen der Gewere, des Mundiums, der ehehaften Noth gegenwärtig eines Ersatzes, welcher den verwandten Instituten, die an deren Stelle getreten sind, nicht immer mit Sicherheit entnommen werden kann. So steht das ältere eheliche Güterrecht gewissermaaßen vereinzelt im heutigen Rechtssysteme da, und kann seine Erklärung und Fortbildung nur auf dem Wege einer künst-

---

31) Chursächs. Constitutionen v. 1572. P. II. const. 42 44. — Carpzov ad const. 42. cit. def. 2. — Pufendorf, observatt. jur. III. obs. 120. — Zachariä, Handbuch des K. Sächs. Lehenrechts §. 197—200. — Eckardt a. a. O. S. 479 ff. Man wandte auf dieses Institut das Sprichwort an: „Leibgut schwindet Hauptgut."

32) Constitution für das Herzogthum Hinterpommern v. 1691. Tit. XVII. §. 1. — Constitution für die Ritterschaft der Neumark v. 1724. P. II. §. 22. — Sachse, Handbuch des Großherz. Sächs. Privatrechts §. 358. Vgl. Kraut, Grundriß §. 171.

33) Durch das Mandat v. 31. Jan. 1829. §. 99. 101., s. Haubold a. a. O. §. 403 b.

lichen historischen Deduction finden, welche durch die Gütergemeinschaft, die wieder ihr besonderes Princip hat, um Vieles erschwert worden ist, weil deren Begründung das richtige Verständniß der älteren Einrichtungen auch in der Doctrin getrübt hat. Doch fehlt es auch in dieser Lehre nicht an einem leitenden Princip, welches das beiden Instituten Gemeinsame erkennen läßt und zugleich den Punkt, wo sie sich trennen, bezeichnet.

Auch das ältere eheliche Güterrecht beruht nämlich auf dem Gedanken, daß für die Ehegenossenschaft ein gemeinsames Vermögen besteht; nur ist derselbe in seiner weiteren Entwickelung nicht vollständig durchgedrungen: die zusammengebrachten Güter sind nur in der Ehe vereinigt, nicht aber zu einer neuen einheitlichen Masse umgeschmolzen. Daher wird, wenn es sich um die Veräußerung des Grundbesitzes handelt, auch während der Ehe unterschieden, von welcher Seite es herstammt, und nach der Trennung des Ehebundes fällt das durch denselben zusammengehaltene Vermögen wieder auseinander. Bei der Gütergemeinschaft verhält sich dies anders; doch zeigt bereits das ältere Rechtssystem Uebergänge zu dieser höheren Entwickelungsstufe. Schon der Sachsenspiegel spricht von einer gemeinsamen Gewere der Ehegatten[1]); die Auflösung der besonderen Vermögensrechte der Frau in das Drittheilsrecht oder eine ähnliche Erbgebühr ist ein neues Moment, welches diese Richtung bezeichnet; aber vor Allem ist die erweiterte Verhaftung des Frauengutes für den Fall der echten Noth zu beachten[2]), welche in einzelnen Stadtrechten schon früh zu einer Verhaftung desselben für alle Schulden des Mannes ausgedehnt ward[3]). Doch sind dies eben nur Zeichen einer

[1]) Sächs. Landr. B. I. Art. 45. §. 2. „En wif ne mach ok ane irs mannes gelof nicht ires gudes vergeven, noch egen verkopen, noch liftucht uplaten, durch dat he mit ir in den geweren sit. Megede aver unde ungemannede wif verkopen ir egen ane irs vormünden gelof, he ne si dar erve to." Ueber die spätere Entwickelung vgl. oben §. 125.

[2]) Altes Lüb. Recht (Hach, Cod. II.) Art. 11. „So war man unde wif an echtschap ghot to samene hebbet. is dat deme manne not an leghet, dat men ene dar schult (wegen Schulden) to eghene schal gheven oder (he) in openen orloghe vangen wert, in den heyden oder anders wor. den schal man ledeghen unde losen mit also daneme ghude, alse se to samene hebbet, it si der vruwen medegift oder wogheban gut se hebben, dar schal men ene mede losen." Vgl. rev. Lüb. Recht B. I. Tit. 5. Art. 6. — Hasse, Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissenschaft IV. S. 102 ff.

[3]) a. a. O. Art. 96. — — So wat oc en man lovet sunder wif vor ratmannen, dat schal dat wif gelden sunder wedersprake." — Bremer Statut v. 1303. (Oelrichs S. 93.) Ord. 41. „So wor twe thosamene komet an echtschep. wot dhe hebbet dat is herer beydhe na stades rechte. storve er en, dhe ander scal sine sculde gelden dhes he bekent, dher men vullenkomen mach. da ne sie ander under-

im Anzuge befindlichen neuen Rechtsbildung, ohne diese selbst schon in ihrer Vollendung zu bezeugen; sie lassen das ältere System der Gütervereinigung[4]) nach seinem wesentlichen Princip noch unberührt, und wo dieses sich daher innerhalb der angegebenen Grenzen erhalten hat, darf es auf eine unbefangene Anerkennung und Entwickelung Anspruch machen[5]).

---

scheb unde dhes men vullenkomen mach mit hantfestinghe idher mit tughen." Vgl. Berck, über das Bremer Güterrecht der Ehegatten S. 452 ff. — Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen II. Nr. 16. §. 17. 18. — Pauli, Abhandlungen II. §. 24.

[4]) Ich halte den nach dem Vorgange von Runde, deutsches eheliches Güterrecht S. 5. früher von mir gebrauchten Ausdruck Gütervereinigung für bezeichnender als Gütereinheit, wie Puchta, Vorlesungen (1848.) II. S. 251. zuerst dies Rechtsverhältniß benannt hat. Da der letztere Ausdruck dann fast allgemein adoptirt ward, so habe ich ihn, um Mißverständnisse zu verhüten, in der 3. Auflage gleichfalls gewählt; da aber neuerdings die ganz unpassende Bezeichnung Verwaltungsgemeinschaft (als ob der Mann mit der Frau gemeinsam verwaltete) aufgekommen ist, bin ich jetzt zu dem früher von mir gebrauchten Ausdruck zurückgekehrt.

[5]) Vgl. überhaupt v. Gerber, Jahrbücher für die Dogmatik I. Nr. 6. Das entscheidende Moment ist, wie Cropp (Heidelberger Jahrbücher v. 1823. S. 119—23.) gegen Hasse (Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft IV. S. 100 ff.) ausgeführt hat, ob das Vermögen der Ehegatten schon während der Ehe zu einer ein heitlichen Masse, einer Gütergemeinschaft zusammengeflossen ist. Daß dies aber im späteren Lübischen Rechte bei der beerbten Ehe geschehen, läßt sich nicht wohl bezweifeln; s. den Rechtsspruch des Oberhofs v. 1489. bei Michelsen Nr. 211. „alse denne de guder der frouwen syn van ereme frunde angestorven, wo met se to etliken tyden myt deme brutschatte syn in deme samende gewest, so syn se dorch der kynder doedt myt deme brutschatte, des se eyne vormerige weren, wedder uth deme samende gekomen, bedarff darumme eres gestorven mannes vrunden neyne delinge dar van doen." — Hier ist das „Samende" offenbar in einem engeren Sinne aufgefaßt, und bezeichnet nicht blos das in der Ehe äußerlich vereinigte Gesammtvermögen. Wenn Pauli, Abhandlungen II. S. 139., indem er die Bedeutung des angeführten Urtheils anerkennt (abweichend Buchka und Budde, Entscheidungen II. Nr. 41.), die Gütergemeinschaft wegen des ausgedehnten letztwilligen Verfügungsrecht des Ehemanns nicht zugeben will (vgl. a. a. O. S. 84 ff. 216. 217.), so legt er doch auf gewisse testamentarische Verfügungen, deren unbedingte Rechtsbeständigkeit im Falle der Anfechtung nicht unzweifelhaft ist, ein zu großes Gewicht. Wäre aber auch die Verfügung des Mannes nach dieser Seite hin fast unbeschränkt gewesen, so würde sich das bei der Gütergemeinschaft noch eher wie bei der bloßen Gütervereinigung erklären lassen: es würde nämlich eine, allerdings über das Princip des Gesammteigenthums hinausgehende Bevorzugung des Mannes in der Vertretung der Ehegenossenschaft darstellen. — In Bremen ist die Gütergemeinschaft jedenfalls seit dem 16. Jahrhundert durch das Gewohnheitsrecht geltend geworden, wie die bei Berck a. a. O. S. 13. Note 18a—e. S. 201. Note 192—93. S. 494. Note 575. gegebenen Nachweisungen gegen dessen eigene Ansicht beweisen; die neuere Theorie hat aber wieder auf die Gütervereinigung zurück-

I. Dem Manne steht über das gesammte, in die Ehe eingebrachte oder während derselben erworbene Vermögen die Verwaltung, Nutzung und Verfügung zu. Hat es dies weite Recht auch im Interesse der Gemeinschaft auszuüben und gebietet die Sitte eine maaßvolle Beschränkung bei der Veräußerung des Frauengutes; so ist er doch rechtlich nicht weiter gebunden, als daß bei Veräußerung der von der Frau eingebrachten Grundstücke ihre Zustimmung eingeholt werden muß. Fehlt diese, so ist ihr ein Vindicationsrecht vorbehalten, dessen Ausübung nicht mehr an die Fristen der alten Widersprache geknüpft ist, wenn nicht das Recht der Auflassung auch jetzt noch ähnliche Einrichtungen mit sich führt[6]). — Die Entziehung der Vermögensverwaltung wegen schlechter Wirthschaft läßt sich gemeinrechtlich nur unter den Voraussetzungen einer Prodigalitätserklärung rechtfertigen[7]).

II. Das Vermögen der Frau geht in die Verwaltung des Mannes über, ohne daß ihr wie bei dem ehemännlichen Nießbrauch im Sinne des Dotalrechts irgend eine dingliche Sicherung gewährt ist. Nach älterem Rechte konnte sie überhaupt ihr Eingebrachtes nur in dem Zustande, wie es sich bei Auflösung der Ehe vorfand, zurückfordern, ohne einen Anspruch auf den Ersatz des Verbrauchteu zu haben[8]). Später ist der Grundsatz:

---

gelenkt; s. A. H. Post, das Sammtgut. Bremen 1864. In Hamburg finden sich schon weit früher die Anfänge der Gütergemeinschaft, s. Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen II. Nr. 16. §. 53 ff. — Trummer, Vorträge III. S. 242 ff. — Baumeister, Hamburg. Privatrecht II. §. 76. In den meisten hannoverschen Statuten (s. Grefe, Hannovers Recht II. §. 24.) ist die Rechtsentwickelung dagegen wohl bei der bloßen Gütervereinigung stehen geblieben; s. jedoch Hänel, in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte I. S. 273 ff. (oben §. 125. Note 5.). — Hadeler Landr. III. Art. 17. (Pufendorf I. app. p. 45.) „Alsbald Eheleute in dem Ehestandt beysammen kommen, werden ihre Güter unter ihnen gemein, ungeacht die Güter, so sie zusammen bringen, ungleich sein. Derowegen wan ein Manne seine Haußfrauwe mit Tode abgehet, behelt er das halbe Guth und den andern Theil Guts erben die Kinder."

6) S. oben §. 89. Nr. IV. V.

7) Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 60. „Ist daz ein vrowe einen man hât der übele gerâten ist, unde wil er ir guot âne werden, daz ir ir vater oder ander ir vriund gâben; si mac ez mit rehte wol versprechen unde behaben. Si sol varen vür iren rihter, unde sol des ersten einen vormund nemen. Der sol ir helfen klagen. unde mac si behalten mit der kundschaft daz er ungerâten und in der unfuore, daz si irs guotes vor im angest hât, — — so sol der rihter irem vormunde einen boten geben ûf daz guot, unde sol sich des underwinden." Vgl. Cropp a. a. O. §. 25. Die neuere Praxis ist milder und giebt der Ehefrau unter gewissen Voraussetzungen ein Einspruchsrecht gegen den Mißbrauch des ehemännlichen Verwaltungsrechts, s. Seuffert XVIII. Nr. 147. XIX. Nr. 156. XXXI. Nr. 147.

8) Vermehrter Sachsensp. (Böhme) B. I. Cap. 3. Dist. 4. „Wer abir der frauwen gut icht vorkauft bie des mannes lebin adir sines irsten gutes, do en

Frauengut wächst nicht und schwindet nicht — vielfach zur Anwendung gekommen[9]); aber eine dingliche Sicherung ist damit nicht verbunden, so daß die Frau wegen ihrer eingebrachten Güter, soweit dieselben nicht im Ehevermögen noch vorhanden sind, oder ihr nicht besondere Sicherheit bestellt worden, nur persönliche Entschädigungsansprüche am Nachlasse des Mannes hat.

Sondergüter (Einhandsgüter) der Frau, welche ihrer Verwaltung und Verfügung vertragsmäßig vorbehalten worden, sind auch nach heutigem Rechte der Gewalt des Ehemannes entzogen[10]), und im Kreise der inneren Wirthschaft waltet die Hausfrau mit einer gewissen Selbständigkeit[11]), welche in den Fällen des eigenen Gewerbebetriebes für den Bereich des Geschäftes in einem erhöhten Maaße stattfindet[12]).

III. Was die Schulden der Frau betrifft, und zwar zunächst die vorehelichen, so haftet dafür ihr Eingebrachtes, und das während der Ehe Erworbene, insoweit es nicht unter den Begriff einer dem Manne gehörigen Errungenschaft fällt[13]); für die von der Frau in der Ehe ge-

(haben) wedir di frane noch die irsten kindere irstatunge an." — Hamburg. Stadtr. v. 1270. III. Art. 10. (Lappenberg S. 17.) — Hasse a. a. O. S. 102. — v. Sydow, Erbrecht S. 264 ff. — v. Martitz, das eheliche Güterrecht S. 104. — Agricola, die Gewere zu rechter Vormundschaft S. 317 ff.

9) Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I. S. 428 ff. — Pauli, Abhandlungen II. S. 75 ff. — Runde, deutsches eheliches Güterrecht S. 23. 131–32. Wegen einer blos wirthschaftlichen Abnutzung der Aussteuer wird der Mann auch da, wo jene Regel gilt, nicht verhaftet sein.

10) Berck a. a. O. S. 130. — Pauli a. a. O. S. 42 ff. — Runde a. a. O. §. 36. — Kraut, die Vormundschaft II. §. 82. In Lübeck verzichtete der Mann zuweilen ganz auf seine vogteiliche Gewalt über das Vermögen der Frau (s. Pauli a. a. O. S. 45.) und in Bremen kann die Gütergemeinschaft bis auf einen gewissen Zeitpunkt durch die Beredung der s. g. Vorjahre ausgeschlossen werden; s. Berck a. a. O. S. 215. Note 201 a.

11) Runde a. a. O. §. 41. Die genauere Begrenzung dieser Selbständigkeit ist der Erwägung der Sitte und der besonderen Verhältnisse, zuletzt freilich der Entscheidung des Mannes zu entnehmen.

12) Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen I. Nr. 1. — Kraut, die Vormundschaft II. §. 102.

13) Mit dieser Beschränkung ist die von der gewöhnlichen Meinung (s. Finsler, de obligatione uxoris circa solvenda mariti debita p. 13. — Kraut a. a. O. S. 412 ff.) abweichende Ansicht von Runde a. a. O. S. 92 ff. zu billigen, wenn auch nicht wegen des von ihm angezogenen Grundsatzes: bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno, der nur bei der Nachfolge in ein Vermögensganzes gilt. Eben so wenig läßt sich bei der Gütervereinigung aus der Uebernahme fremder Schulden (s. oben §. 106.) deduciren; sondern der Grund für die im Texte aufgestellte Ansicht ist darin zu suchen, daß ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Eingebrachten und dem späteren Erwerb, der als eine Vermehrung der Illaten erscheint (s. den Rechtsspruch des Lübischen Oberhofs oben Note 5. —

machten Schulden braucht der Mann nur aufzukommen, insoweit sie im Bereich ihrer selbständigen Wirthschaftsbefugnisse oder im Auftrage oder mit der Zustimmung des Mannes contrahirt sind oder eine Verwendung zu seinem Besten stattgefunden hat. Die Frau wird aber außerdem selbständig verpflichtet, und kann wegen ihres Sondergutes, so wie nach Aufhebung der Ehe unbedingt in Anspruch genommen werden[14]); auch haben ältere Rechte dem Manne wenigstens einen moralischen Zwang zur Zahlung allgemein auferlegt[15]). — In Betreff der Schulden des Mannes läßt sich für das ältere Recht die Regel aufstellen, daß das Gut der Frau nur insoweit für dieselben verhaftet war, als die Veräußerungsbefugnisse des Mannes reichten, so daß sowohl die Grundstücke der Frau, als auch ihre Leibzucht und Morgengabe davon ausgenommen waren[16]). Allein in den späteren Stadtrechten hat sich fast allgemein die Regel ausgebildet, daß der Mann befugt sei, das Vermögen der Frau mit Schulden zu beschweren[17]); ja sie gilt aus seinen Handlungen selbst für persönlich obligirt, so daß sie, um nach Auflösung der Ehe nur mit ihrem späteren Erwerbe von der Verhaftung frei zu bleiben, nach dem

Pauli, Abhandlungen II. S. 67.), gar nicht besteht, im Allgemeinen aber sich nicht absehen läßt, warum der Anspruch des Mannes auf die Nutzung und Verwaltung stärker sein soll, wie die Rechte der Gläubiger auf die Güter als Executionsgegenstände ihrer Forderung. Bei den ehelichen Schulden verhält es sich anders, weil die schon begründete Gewalt des Mannes die unmittelbare oder mittelbare Verfügung der Frau über das seiner Verwaltung unterworfene Vermögen während der Ehe unwirksam macht. — Im Allgemeinen vgl. Schröder a. a. O. II. 3. §. 15.

14) Kraut a. a. O. §. 86., wo die entgegenstehenden Ansichten von Cropp a. a. O. I. S. 10. und Bluntschli a. a. O. II. S. 158—59. widerlegt sind. Die Familiengewalt des Mannes hebt nämlich die persönliche Rechtsfähigkeit der Frau an sich nicht auf, wenn sie dieselbe auch während der Ehe wesentlich beschränkt.

15) Hamburg. Stadtr. v. 1270. IX. Art. 13. — „Men schal ok nene vrouwen to pande geven vor gelt, de nicht gelden en mach, sunder me orlovet deme manne dat overste cleit to allen tyden, al wente he syn gelt hevet." — Rev. Hamb. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 1. Der Sinn der Stelle ist, daß die Frau zwar von der Personalhaft befreit, der Gläubiger aber befugt sein soll, wenn sie ausgeht, ihr das Oberkleid abzunehmen. Vgl. die weiteren Anführungen bei Kraut a. a. O. S. 408. Note 7.

16) v. Sydow, Erbrecht S. 334. — Kraut a. a. O. S. 518. Ueber Delictsschulden s. Schröder a. a. O. S. 274. 276. — Seuffert XXXIV. Nr. 309. XXXVIII. Nr. 134. (Reichsgericht). — R. G. VII. Nr. 51.

17) Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen II. §. 17. — Berck, Brem. Güterrecht der Ehegatten S. 109. — Pauli, Abhandlungen II. S. 24. — Kraut a. a. O. S. 96. Vgl. oben Note 3. A. M. ist für Soest-Lübeck Schröder a. a. O. S. 268., indem er bei unbeerbter Ehe Schuldentrennung, bei beerbter Ehe Schuldengemeinschaft annimmt.

Tode des Mannes durch eine feierliche Erklärung sich von jeder Betheiligung an dem Ehevermögen lossagen muß[18]).

IV. Die Erörterung der statutarischen Erbgebühr ist für die Darstellung des Erbrechts im folgenden Abschnitte vorzubehalten; s. unten §. 140.

§. 128.

Die eheliche Gütergemeinschaft.

Wenn auch vom Standpunkte der Gesetzgebung aus über die Zweckmäßigkeit der ehelichen Gütergemeinschaft verschiedene Ansichten möglich sind, so erscheint es doch unzweifelhaft, daß in ihr der eigentliche Abschluß und die Vollendung derjenigen Rechtsbildung zu erkennen ist, welche die Germanen von jeher auf diesem Gebiete zu verwirklichen gesucht haben. Vor dem Gedanken der Gemeinschaft in der Ehe tritt die Bedeutung der verschiedenen Herkunft der Vermögenstheile zurück; die Vereinigung derselben zu Einer Masse ist keine äußerliche, vorübergehende mehr mit gesonderten Eigenthumsrechten, sondern ein eigentliches Ehevermögen, ein Gesammteigenthum wird begründet, dessen Träger freilich nicht die Ehe als juristische Person, sondern die Ehegatten selbst in ihrer genossenschaftlichen Verbindung sind[1]). Daß aber ein so eigenthümlich germa-

---

[18]) Das s. g. beneficium abdicationis, in Lübeck Bergen und Dachdingsauftragen (d. h. Verzicht auf Bürgschaft und Vergleichsverhandlungen) genannt, s. Hagemeister, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft III. Nr. 5. — Berck, über das Bremische Güterrecht der Ehegatten mit besonderer Rücksicht auf die Schuldenzahlung und das s. g. beneficium abdicationis der Wittwe. Bremen 1832. — Pauli a. a. O. §. 42. — Seuffert XXXV. Nr. 39. Das Institut, dessen erste Spuren im Fränkischen Rechte vorkommen (s. Kaiserrecht B. II. Cap. 50. — Berck a. a. O. §. 17. — Euler, die Güter- und Erbrechte der Ehegatten in Frankfurt am Main S. 58 ff. — Schwarz, die Gütergemeinschaft der Ehegatten nach fränkischem Rechte S. 34. 44.), weist übrigens entschieden schon auf die Anfänge der Gütergemeinschaft hin. — Ueber den s. g. Dreißigsten s. unten §. 140. Nr. II.

[1]) Vgl. oben §. 67. — Beseler, Volksrecht und Juristenrecht S. 168. 189. — Wolff, Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts I. §. 215 ff. — Schüler, jurist. Abhandlungen und Rechtsfälle von Ortloff u. s. w. I. Nr. 15. — Müller, Beitrag zu der im Stargard'schen Kreise des Großherzogthums Mecklenburg-Strelitz geltenden ehelichen Gütergemeinschaft §. 10. — Bluntschli, deutsches Privatrecht §. 233. — Stobbe, Zeitschrift für Rechtsgeschichte IV. S. 215. — Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts II. 3. S. 308. Note 41. — Niehaus, die Grundprincipien der ehelichen allgemeinen Gütergemeinschaft, mit besonderer Beziehung auf die Münstersche Polizeiordnung und das Lingensche Landrecht (Neues Magazin für hannoversches Recht III. S. 178—239. 359—441.)

nisches Institut wie die eheliche Gütergemeinschaft, von der man die Gütervereinigung erst in neuerer Zeit principiell unterschieden hat, der romanisirenden Jurisprudenz große Schwierigkeiten bereitete, ist ebenso wenig zu verwundern, als daß zur Lösung derselben die Analogie der communio und societas, welche sich wie von selbst darbot, von älteren und neueren Juristen benutzt ward[2]). Allein das Unzureichende dieser Aushülfe mußte in der Wissenschaft wie im Leben gleichmäßig gefühlt werden[3]), und so suchte man dem Rechtsverhältnisse durch die Entwickelung des Gesammteigenthums als dominium plurium in solidum beizukommen, indem man es auf das Gebiet des Sachenrechts hindrängte, ohne die eigenthümliche Organisation des Rechtssubjects in der Ehegemeinschaft als das entscheidende Moment zu berücksichtigen[4]). Aber auch die Ansicht, welche im Gegensatze zu dieser Lehre die Ehe zu einer juristischen Person macht[5]), entspricht dem wahren Wesen des Verhält-

---

§. 1. 3. Gegen die Annahme ideeller Theile in der Gütergemeinschaft hat sich auch das Reichsgericht (Entscheidungen in Civilsachen I. S. 396.) erklärt.

[2]) D. Mevius ad jus lub. lib. I. tit. 5. art. 5. — Lauterbach, de societate bonorum conjugali. Tubing. 1671. 4. — Heineccius, elem. jur. germ. I. 1. §. 286. — Runde, deutsches eheliches Güterrecht §. 63—66. — Auch das Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 345—433. ist im Wesentlichen dieser Auffassung gefolgt. — v. Roth, System II. S. 69. Ueber die Literärgeschichte der Lehre vgl. überhaupt Danz, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts VI. §. 603. — Duncker, das Gesammteigenthum §. 20. Ganz unhaltbar ist es, wenn A. H. Post, das Sammtgut (Bremen 1864.) S. 18., nach dem Bremischen Rechte, welches die Gütergemeinschaft ausgebildet hat, den Uebergang des Vermögens von dem einen Ehegatten auf den andern leugnet, und nur eine gegenseitige Vertretung der Ehegatten annimmt. Eher läßt sich diese Auffassung mit v. Gerber, Jahrbücher I. S. 259. für die Gütereinheit (Gütervereinigung) durchführen, obgleich sie auch in dieser Anwendung dem Wesen des deutschen ehelichen Lebens noch nicht vollständig entspricht.

[3]) Beseler, Lehre von den Erbverträgen I. S. 73 ff. — Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I. S. 80 ff. — Schüler a. a. O. S. 507 ff.

[4]) S. oben §. 82. Als der erste Vertreter dieser Ansicht von dem dominium plurium in solidum in der Literatur ist Justus Veracius in der Schrift: Libellus consuetudinum principatus Bambergensis (bei Ludewig, S. S. rerum episc. Bamberg. I. p. 958.) aus dem Jahre 1681. anzusehen; vgl. Duncker a. a. O. S. 5.; sie verbreitrte sich aber bald und findet sich namentlich bei H. A. Lange, die Rechtslehre von der Gemeinschaft der Güther unter denen teutschen Eheleuten (Bair. 1766. 4.) Hauptst. 7. §. 2. — Ph. K. Scherer, die verworrene Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft (2 Thle. Mannheim 1799. 1800.) I. §. 46 ff. Das letztere Werk ist wichtig wegen der abgedruckten Quellenauszüge; ein reichhaltiges statistisches Material findet sich auch bei G. Phillips, die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft. Berlin 1830.

[5]) Hasse, Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft nach deutschem Privatrecht. Kiel 1808. Hasse, der diese Lehre

nisses und seiner Uebung im Volksleben nicht, so wenig wie die aus der einseitigen Auslegung einzelner Rechtsquellen entstandene Meinung, daß der Ehemann allein der Eigenthümer des Ehevermögens sei[6]). Daß vielmehr die Ehegatten in ihrer genossenschaftlichen Verbindung das Rechtssubject in der Gütergemeinschaft sind, folgt aus der ganzen Anlage der deutschen Rechtsentwickelung, welche in diesem Institute zu einem solchen Abschluß von jeher hindrängte[7]). Ein Vorbild dieser Erscheinung zeigt sich schon in frühester Zeit in der wechselseitigen Vergabung, zumal wenn sie sofort eine Gemeinschaft nicht blos der Proprietät, sondern auch der Nutzung und Verwaltung begründen sollte[8]); auch haben ältere und neuere Rechtsquellen die Gütergemeinschaft in ihrer wahren Bedeutung klar und bestimmt genug gezeichnet[9]).

---

zuerst wissenschaftlich entwickelt hat, war jedoch nicht ohne Vorgänger, s. a. a. O. §. 28. Note 1. — Duncker a. a. O. S. 198. Note 1. — v. Rönne, die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft im Herzogthum Cleve und der Grafschaft Mark (Halle 1832.) S. 59. 322. Derselben Auffassung folgt F. Deiters, die eheliche Gütergemeinschaft nach dem Münsterschen Provinzialrechte, dem Preußischen Landrechte, und ihrem Verhältnisse zu einander. Bonn 1831.

6) Mit besonderer Beziehung auf das Lübische Recht vertheidigt von Sarauw, in Falck's neuem staatsbürg. Magazin VI. S. 122 ff. — Kraut, die Vormundschaft II. S. 512., und allgemein von Duncker a. a. O. §. 22. — Baumeister, Hamburg. Privatrecht II. §. 89. S. dagegen v. Gerber, Jahrbücher I. S. 244—45. Note 2. und Schwarz, die Gütergemeinschaft der Ehegatten nach fränkischem Rechte S. 106—9., der aber, wohl nur um dem Gesammteigenthume zu entgehen, dieser Auffassung schließlich den Vorzug giebt, nachdem er sie vorher gründlich widerlegt hat.

7) S. oben §. 125.

8) Die Familiengewalt des Mannes wurde, wenn eine solche Vergabung nicht unter Eheleuten geschah, durch eine besondere Verabredung darüber, wer die Leitung in der Gemeinschaft (potestas, advocatia) haben sollte, ersetzt; s. die Urkunden bei Meichelberk, historia Frisingensis I. Nr. 183. 466. Vgl. Beseler, Lehre von den Erbverträgen I. S. 84 ff. — Pauli, Abhandlungen II. S. 63. 136. — Bluntschli a. a. O. I. S. 442. II. S. 187.

9) So bezeugen Kanzler und Räthe des Stiftes Paderborn im Jahre 1624., daß in den meisten Städten daselbst „die von beiderseits Eheleuten zugebrachte Güter unter ihnen beiden communia und gemein werden — — und also ein Ehegabe ohne des andern Willen und Belieben constante matrimonio kein beständig und gültig instrumentum errichten möge." — Bürgermeister und Rath von Paderborn bezeugen im Jahre 1662., „daß alhier — — von undenklichen Jahren Kundlicher unverrückter Gewohnheit nach hergebracht, und ohne Einig Disputat nicht anders belebt, als daß allhier unter den Ehegaben, Eine allinge gemeinschaft der güther sey, und ein Ehegabe dem andern in totum und gemeiner Erb, und als Erb in den allingen beiderseits zusahmen gebrachten oder bey wehrender Ehe erworbenen gütheren succedire, und dehren Herr und Besitiger sey

I. Das gesammte Aktiv- und Passivvermögen beider Ehegatten bildet Eine Masse, ein Sammtgut oder Samende, gemeines Gut, in welchem sie auf gemeinsamen Gedeih und Verderb sitzen, so daß das von beiden Seiten Eingebrachte und der spätere Erwerb nicht weiter unterschieden werden. Natürlich kann aber kein Theil mehr in die Gemeinschaft einbringen, als er selbst hat, so daß die aus der Lehen- oder Fideicommißeigenschaft so wie aus dem Colonatverhältniß gewisser Güter hervorgehenden Beschränkungen fortbestehen bleiben. Ueberhaupt ist in manchen Gegenden, in welchen die eheliche Gütergemeinschaft als Regel gilt, die

---

und bleibe." — Bürgermeister und Rath von Brakel in demselben Jahre: „daß nach alter hergebrachten Gewohnheit post contractum matrimonium communio bonorum conjugum alhier statt habe, und die Güther hinc inde allerdings gemein seyn, dannenhero man niemals anders erlebet, dann daß die von beyden Eheleuthen zusahmen gebrachte Güter dieselbe beiderseits insgemein besitzen, und sowohl der Ehemann über seiner Ehefrauen ihme zugebrachten Heyrathsguth ein Herr und Besitzer als auch hingegen dessen Ehefrau über ihres Ehemannes eine Herrscherin und Besitzerin sey und gehalten werden." Aehnlich in dem Attestat von Borgentreich, s. P. Wigand, die Provinzialrechte der Fürstenthümer Paderborn und Corvey (Leipzig 1832.) II. S. 120—23. — In dem Extract des Bamberger Hofgerichts v. 1718. (v. Cramer, wetzlar. Nebenstunden Th. 38. S. 124.) wird das dortige Güterrecht der Ehegatten im Sinne des Veracius als dominium in solidum bezeichnet; dagegen heißt es in dem Bamberg. Landrecht von 1769. Th. I. Cap. 2. Tit. 1. §. „Diese Gütter-Gemeinschaft bestehet alsdann unter denen Ehe-Leuten, wenn sie ihr Vermögen ganz, oder zum Theil dergestalten mit einander vermischen und vereinigen, daß es ihnen von nun an beederseits mit denen nemlichen Eigenthumsrechten und Beschwerden zustehet, und sie dahero in Ansehung desselben ordentlicher Weis für eine Person zu betrachten seynd." Man darf aber freilich nicht mit Duncker a. a. O. S. 214. diese „eine Person" als Hasse's juristische Person auffassen. — Die Stift Fuldaische Ordnung Nr. III. §. 9. (Scherer a. a. O. I. S. 130.) leitet das Recht der Zustimmung der Frau zu Veräußerungen mit den Worten ein: „Obgleich der Mann das Haupt des Hauses ist, und ihme also die Verwaltung der fahrend und liegenden Haab zustehet, indem aber auch die Frau die Mitherschaft in allem hat, so ist" u. s. w. — Die im Texte bezeichnete Anschauung hat ferner einen bestimmten legislativen Ausdruck gefunden in der Fürstlich Lippe-Detmoldischen Verordnung v. 27. März 1786. wegen der Gütergemeinschaft unter Eheleuten, abgedruckt bei Runde a. a. O. Anhang Nr. VIII. Vgl. oben §. 82. Note 10. — Auch in den Städten und Flecken von Osnabrück ist das Princip des Gesammteigenthums für die eheliche Gütergemeinschaft gewohnheitsrechtlich ausgebildet worden. s. G. R. Peterssen, das eheliche Güterrecht in den Städten und Flecken des Fürstenthums Osnabrück (Osnabrück 1863.). Peterssen, welcher die richtige Darstellung der Lehre nach den interessanten mitgetheilten Attestaten und Präjudicien giebt, und also ihre praktische Anwendbarkeit darthut, erklärt sie freilich, indem er vom Begriff des römischen Eigenthums ausgeht, für theoretisch durchaus unhaltbar und unrichtig.

Ritterschaft von derselben ausgenommen[10]), während es bei dem Bauernstande nicht so häufig der Fall ist[11]).

II. Wo die gesetzliche Gütergemeinschaft gilt, da tritt sie jetzt gewöhnlich mit dem Anfange der Ehe, also mit der Trauung ein, ohne daß die Beschlagung der ehelichen Decke noch verlangt wird[12]). Doch hat sie zuweilen erst statt, wenn die Ehe eine gewisse Zeit gedauert hat[13]), oder durch die Geburt eines Kindes eine beerbte geworden ist[14]).

III. Die Begründung der Gütergemeinschaft bewirkt keine Veränderung des Rechtssubjects in dem Sinne, daß an die Stelle der Einzelnen nun die juristische Person der Ehe tritt; der eine Ehegatte nimmt nur in Beziehung auf die Vermögensverhältnisse den andern in seine Rechtssphäre auf, so daß zwischen beiden eine vollkommene Rechtsgemeinschaft besteht. Daher bedarf es auch keiner besonderen wechselseitigen Uebertragung des Vermögens, indem die gesetzliche Regel nun dasselbe bewirkt, was früher bei der allgemeinen Vergabung durch die Auflassung erreicht ward[15]). Nur in Betreff des Eigenthums an Grundstücken macht sich das formelle Recht der Auflassung noch insoweit geltend, daß eine Umschreibung in den Hypothekenbüchern für nothwendig erachtet ist, indem entweder das Frauengut auf den Namen des Mannes, als des Organs der ehelichen Gemeinschaft eingetragen wird oder die Umschreibung auf die Namen beider Ehegatten erfolgt[16]).

---

10) Scherer a. a. O. I. §. 40. — Phillips a. a. O. S. 88—95. — Runde a. a. O. S. 77. 78. Im Münsterschen ist nur der s. g. vollbürtige Adel eximirt, s. Deiters a. a. O. S. 156—57.

11) Lippesche Verordnung v. 1786. §. 4. — v. Rönne a. a. O. S. 315. — Runde a. a. O. §. 16. 17. 71. 93. 135. 140. 154.

12) S. jedoch oben §. 121. Note 6.

13) Jahr und Tag, s. Scherer a. a. O. §. 29. — Phillips a. a. O. S. 121—23.

14) In dieser Beziehung weichen jedoch die Statuten von einander ab, indem einige nur die Geburt eines Kindes verlangen, damit die Ehe für eine beerbte gelte, s. Lüneburg. Stadtr. Th. VI. Tit. 1. §. 4. — Wursten. Landrecht Tit. I. Art. 1. §. 1. 2. — Nordstrand. Landr. B. II. Art. 43. — Hohenloh. Landr. Th. I. Tit. 4. §. 1. (hier Ablauf von Jahr und Tag oder die Geburt eines Kindes), andere dagegen mit dem Tode des Kindes die Gütergemeinschaft wieder aufhören lassen, so daß der Begriff der beerbten Ehe in seiner praktischen Bedeutung hauptsächlich davon abhängt, ob bei der Auflösung derselben Kinder vorhanden sind; s. Lüb. Stadtr. B. I. Tit. 5. Art. 7. — B. II. Tit. 2. Art. 12. — Rechtsspruch des Lüb. Oberhofs v. 1489. (oben §. 127. Note 5.). Vgl. Scherer a. a. O. §. 32. — Phillips a. a. O. S. 117 ff. — Berck, über das Brem. Güterrecht der Ehegatten S. 282. — Schwarz a. a. O. S. 95.

15) Beseler, Lehre von den Erbverträgen I. §. 10. 11.

16) Ersteres geschieht nach Lübischem und Hamburgischem Rechte, s. Pauli, Abhandlungen II. S. 9. — Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen II. S. 474.,

IV. Der Mann ist wie bei der Gütervereinigung das Haupt und der Leiter der ehelichen Gemeinschaft, und hat die Rechte der Nutzung und Verwaltung im weitesten Umfange. Selbst bei der Veräußerung von Liegenschaften ist er durch ein Sonderrecht der Frau an dem von ihr Eingebrachten, welches ja in der Gesammtmasse diese Eigenschaft verloren hat, nicht beschränkt, und wenn der Frau in dieser Beziehung ein Recht der Theilnahme, beziehungsweise des Widerspruchs zustehen soll, so muß es ihr für den ganzen gemeinsamen Grundbesitz, ohne Rücksicht auf den Ursprung beigelegt werden. In zahlreichen Statuten und insbesondere bei der gesammten Hand des fränkischen Rechts ist ihr diese Befugniß dem Wesen des Gesammteigenthums entsprechend in der That gegeben worden[17]), und auch da, wo ein bloßes Miteigenthum der Ehegatten angenommen wird, steht sie der Frau zu[18]); im Allgemeinen aber ist die neuere Rechtsentwickelung einer Erweiterung der Veräußerungsbefugniß des Mannes günstig gewesen, so daß sie ihm auch hinsichtlich der Liegenschaften zugesprochen zu werden pflegt[19]). Es muß dabei aber

---

Letzteres ist bei der gesammten Hand des Fränkischen Rechts, wenigstens für den Erwerb während der Ehe durchgeführt worden, s. Kölnische Statute v. 1437. Art. 9. — Matth. Clasen, erste Gründe der Kölnischen Schreinspraxis (Köln 1782. 4.) §. 9. — Bamberg. Stadtr. (Zöpfl) §. 285. — Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 1. S. 237 ff. Auch das Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 365 ff. folgt dieser Auffassung, soweit es die Auflassung bei Begründung der Gütergemeinschaft für nothwendig hält, während die Grundbuchordnung v. 5. Mai 1872. §. 16. bei der Zusammenfassung mehrerer Grundstücke desselben Bezirkes auf einem gemeinschaftlichen Folium die Güter der Frau auf den Antrag beider Ehegatten in dem Artikel des Ehemannes eintragen läßt. Vgl. Phillips a. a. O. S. 171 ff. und überhaupt Schüler a. a. O. S. 487. Note 13.

17) Fränkische Landgerichtsordnung v. 1580. Tit. 102. §. 2. — Stift Fuldaische Ordnung v. 1719. Nr. III. §. 9. — Scherer a. a. O. S. 130. 137. — Euler, die Güter- und Erbrechte der Ehegatten in Frankfurt a. M. S. 32 ff. — Phillips a. a. O. S. 158 ff. — Schwarz a. a. O. S. 90. — Schröder a. a. O. II. 2. S. 19 ff.

18) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 377. „Dem Ehemanne gebührt die Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens. §. 378. Doch kann er Grundstücke und Gerechtigkeiten nicht ohne Einwilligung der Frau verpfänden und veräußern."

19) Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen II. Nr. 16. §. 16. — P. Wigand, Provinzialrechte der Fürstenthümer Paderborn und Corvey II. S. 102. — Arnold, Beiträge I. S. 174. Note 2. — Seuffert I. Nr. 71. 72. 248. XVIII. Nr. 147. — Peterssen, das eheliche Güterrecht in Osnabrück S. 92 ff. Vgl. überhaupt Phillips a. a. O. S. 148 ff. Nach dem Preuß. Gesetz, betreffend das eheliche Güterrecht in der Provinz Westphalen und den Kreisen Rees, Essen und Duisburg vom 16. April 1860. §. 3. ist der Mann in seinem Verfügungsrechte so weit beschränkt, daß er nicht befugt ist, ohne Einwilligung der Frau über Immobilien oder das gesammte bewegliche Vermögen oder einen aliquoten Theil desselben unentgeldlich zu verfügen.

jedenfalls festgehalten werden, daß er sein Recht nicht als ein einseitiges willkührlich ausüben darf, sondern auch bei Veräußerungen als der Vertreter der Gemeinschaft in deren Interesse zu handeln hat[20]). Ist dies nicht geschehen, sind insbesondere Schenkungen, welche durch Sitte und Anstand nicht geboten waren, von ihm gemacht worden, so steht der Frau ein Widerspruchsrecht zu, welches ihr freilich gegen schon vorgenommene Veräußerungen in der Regel wenig helfen wird, aber doch als ein Motiv dienen kann, den Mann für einen Verschwender erklären und ihm die Verwaltung entziehen zu lassen[21]). — Am Wenigsten ist der Ehemann befugt, einseitig von Todes wegen zu verfügen; Anordnungen dieser Art müssen vielmehr in der Form des wechselseitigen Testaments oder Erbvertrags von beiden Ehegatten gemeinsam ausgehen, und es ist als eine particularrechtliche Abweichung von dem Princip der Lehre zu betrachten, wenn irgendwo entgegenstehende Bestimmungen, wie es allerdings nicht selten der Fall ist, gelten[22]).

---

20) Statuten v. Lippstadt §. 2. „Es ist aber das Recht, über die in Gemeinschaft stehende Güter zu disponiren dergestalt verfaßt, daß der Ehemann als das Haupt der Familie und vornehmster socius berechtiget ist, sowohl über die Güter selbst, als auch über die Nützung und über den Erwerb ohne Zuziehung der Ehefrauen unter den Lebendigen zu disponiren, jedoch mit der Einschränkung, daß die Verfügung blos ein zum Besten des Sammtvermögens abzielende freie Verwaltung zum Vorwurf habe; mithin kann der Ehemann solche Handlungen, die aus bloßer Freigebigkeit entspringen, als Schenkungen und die zur Verringerung des gemeinschaftlichen Vermögens gereichen, ohne ausdrückliche Einwilligung seiner Ehefrau nicht auf eine rechtsgültige Art vornehmen." — Lippesche Verordnung §. 9. — Schüler a. a. O. S. 573 ff.

21) Die Gesetzgebung hat hier in verschiedener Weise zu helfen gesucht, s. Bayreuther Landesconst. Tit. VII. §. 5. — Lippesche Verordnung §. 9. 10. — Heise und Cropp a. a. O. §. 25. — v. Rönne, die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft im Herzogthum Cleve und der Grafschaft Mark S. 62 ff. — Arnold a. a. O. S. 175. Note 1. S. 845—46. Ueber die mildere Praxis in der neueren Judicatur s. oben §. 127. Note 7.

22) Berck, über das Bremische Güterrecht der Ehegatten S. 281 ff. 306. — Wigand a. a. O. S. 118. — Sommer und Boele, neues Archiv für Preuß. Recht und Verfahren XI. S. 308. — Eichhorn, Einleitung §. 308. Nr. III. — Phillips a. a. O. S. 150—51. 170—71. — Peterssen a. a. O. S. 100. Abweichend von der im Texte aufgestellten Ansicht ist in Folge seiner allgemeinen Auffassung der Gütergemeinschaft Runde, deutsches eheliches Güterrecht §. 172 ff., während in der Entscheidung des O. A. Gerichts zu Lübeck bei Seuffert IX. Nr. 181. davon ausgegangen ist, daß im gegebenen Falle eine wahre Gütergemeinschaft nicht anzunehmen sei. — Nach dem angeführten Preuß. Gesetze vom 16. April 1860. §. 6. können Ehegatten in beerbter Ehe nur gemeinschaftlich, in unbeerbter Ehe jeder über die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens von Todeswegen verfügen.

V. Die Gemeinschaft des Vermögens setzt auch die der Schulden voraus, ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Entstehung[23]). Selbst für Delictsschulden der Frau ist keine Ausnahme zuzulassen, weil sie für den Gläubiger einen vollgültigen privatrechtlichen Anspruch begründen, der aus dem Sammtgute zu bestreiten ist[24]); contractliche Schulden, welche sie während der Ehe gemacht hat, braucht der Mann dagegen nur insoweit anzuerkennen, als er auch bei der Gütervereinigung (s. §. 121. Nr. III.) dazu verpflichtet ist. Denn eine Verfügung der Frau über das gemeinsame Vermögen hat für dieses nur insoweit Wirksamkeit, als sie innerhalb des der Frau überwiesenen Wirthschaftsbereichs geschehen ist oder sonst aus besonderen Gründen von dem Manne anerkannt werden muß. — Die Verhaftung der Frau für die Schulden des Mannes wird in der Regel so weit genommen, daß sie auch persönlich davon berührt wird, und sich sogleich nach dem Tode des Mannes feierlich vom Sammtgut lossagen muß, um ihren künftigen Erwerb dem Anspruche der Gläubiger zu entziehen[25]).

VI. Wenn die Ehe durch den Tod des einen Ehegatten aufgelöst wird[26]), so tritt, abgesehen von dem später zu erörternden Fall der mit den Kindern fortgesetzten Gemeinschaft, möglicher Weise ein zwiefaches Verhältniß ein: entweder der Ueberlebende bekommt allein das Gesammtvermögen, oder er theilt es mit den anderen Verwandten, und zwar, wenn

---

23) „Die dem Manne trauet, trauet auch den Schulden." Ueber die Verpflichtung der Frau durch Wechselschulden des Mannes s. R. O. H. G. XIV. Nr. 77.

24) Lippesche Verordnung §. 14. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 384. 385. 390. — Berck a. a. O. S. 254—56. — Phillips a. a. O. S. 168—69. Mildernde Bestimmungen der Gesetzgebung schließen das gemeinrechtliche Princip nicht aus, welches jedoch manche Juristen nicht anerkennen, indem sie zwischen den Delictsschulden des Mannes und der Frau einen Unterschied machen, welcher in dem Verwaltungsrecht des Mannes doch wahrlich nicht begründet sein kann. Ganz inconsequent läßt Eichhorn, Einleitung §. 308. Note m. den Mann nur bis zum Betrage des Eingebrachten der Frau haften, denn dieses geht ja eben in dem Stammgut unter. Daher kann auch bei einer Ehescheidung der schuldige Ehegatte nur den vierten Theil von dem, was ihm bei Auflösung des gemeinsamen Vermögens zufällt, zur Strafe verlieren, s. Glück, Commentar XXVII. S. 55. — Seuffert III. Nr. 322. A. M. ist Cropp, jurist. Abhandlungen II. Nr. 16. §. 60. Vgl. überhaupt Phillips a. a. O. S. 185 ff.

25) Hier ist also das s. g. beneficium abdicationis ganz an seinem Platze; s. oben §. 127. Note 18. Die abweichende Ansicht des O. A. G.'s zu Rostock (Seuffert IV. Nr. 46. XXVIII. Nr. 268. XXXI. Nr. 340.) läßt sich nicht rechtfertigen.

26) Im Falle einer Ehescheidung muß eine Theilung des vorhandenen Vermögens eintreten, und dem schuldigen Ehegatten die Vermögensstrafe auf seinen Antheil angerechnet werden; s. Seuffert VII. Nr. 193. XI. Nr. 246.

das Fallrecht nicht etwa einwirkt, ohne Rücksicht auf den Ursprung der einzelnen Güter. Beide Systeme kommen in den Rechtsquellen vor, und zwar das letztere mit manchen Abweichungen, indem z. B. dem Ueberlebenden zuweilen zu dem Eigenthumsantheil noch der lebenslängliche Nießbrauch an dem Erbe der Verwandten eingeräumt ist[27]), oder der Mann einen größeren Antheil als die Frau erhält[28]). Allein nach dem Princip, daß das Ehevermögen sich als Ein Gut in dem Gesammteigenthume beider Ehegatten befindet, erscheint diejenige Auffassung als die consequente, welche nach dem Sprichworte: „Längst Leib längst Gut" dem Ueberlebenden das ganze Sammtgut einräumt, indem hier eher eine Consolidation als eine Nachfolge stattfindet[29]). So wie aber dies System in denjenigen Rechtsquellen, welche die Gütergemeinschaft als eine Rechtsgemeinschaft mit ideellen Theilen aufgefaßt haben, nicht wohl vorkommen kann[30]), so darf es auch natürlich nicht willkührlich auf Statute, welche ein abweichendes Princip bestimmt anerkannt haben, übertragen werden. Ueberhaupt handelt es sich hier nicht von der Beurtheilung der Zweckmäßigkeit des einen oder anderen Systems, sondern von dem, was nach der principiellen Entwickelung des Instituts der ehelichen Gütergemeinschaft als die gemeinrechtliche Regel anzuerkennen ist[31]).

---

27) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 637—47. Vgl. Münster Polizeiordnung cap. VII §. 14. 15 — Deiters a. a. O. §. 80. — Archiv für Oldenburg. Recht IV. Nr. 1.

28) Hamburg. Stadtr. Th. III. Tit. 3. Art. 8.

29) Vgl. Niehaus, neues Magazin für Hannov. Recht III. S. 202 ff. 360 ff. Aus dem Umstande, daß nach manchen Statuten das Gesammtgut zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Verwandten des Verstorbenen getheilt wird, läßt sich so wenig ein Schluß auf das Verhältniß während der Ehe machen, wie umgekehrt durch die Gütervereinigung das Recht nach Aufhebung der Ehe bestimmt wird; s. Schüler, jurist. Abhandlungen und Rechtsfälle I. S. 509 ff. Ueberhaupt aber ist zu bemerken, daß regelmäßig von einem Erbtheile des überlebenden Ehegatten nur im Falle der unbeerbten Ehe die Rede ist, für diese aber nach manchen Statuten die Gütergemeinschaft ausdrücklich ausgeschlossen ist. Auf die Ausdrücke der Statuten, welche zuweilen auf eine Erbfolge hinweisen, ist kein Gewicht zu legen; sie sprechen oft ohne weitere Unterscheidung von „erben, haben, behalten" u. dgl. S. Euler, Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 37. und oben §. 124. Note 20.

30) Nürnberg. Reformation Tit. 33. Ges. 5. Ueber Baiern vgl. überhaupt Roth, Civilrecht I. S. 435 ff.

31) Der Streit zwischen dem s. g. Condominial- und Consolidationsprincip wurde besonders lebhaft in Westphalen geführt, indem das Berliner Obertribunal die Grundsätze des Allgemeinen Landrechts auf die dort geltende Gütergemeinschaft als subsidiarisches Recht zur Anwendung brachte. Vgl. die Verhandlungen des westphälischen Provinziallandtages bei Sommer und Boele, neues Archiv XI. S. 310 ff. — Budde, Beitrag zur Lehre von der Gemeinschaft aller Güter unter

§. 129.

Die eheliche Gütergemeinschaft (Fortsetzung).

Die vorhergehende Darstellung hat die Gütergemeinschaft in dem Sinne aufgefaßt, daß das gesammte Vermögen beider Ehegatten in dieselbe fällt, soweit nicht wegen der besonderen Beschaffenheit einzelner Sachen eine Beschränkung dieser Regel stattfindet. Dies ist auch die eigentlich normale Erscheinung des Institutes; dasselbe kommt aber auch in der Form vor, daß nur gewisse Vermögenstheile in die Gemeinschaft fallen, welche deswegen von vorne herein ihrem Umfange nach enger begrenzt ist. Auf diesem Gegensatze beruht der Unterschied der allgemeinen und beschränkten Gütergemeinschaft (communio bonorum universalis und particularis). Die letztere findet sich noch in friesischen Gegenden[1]) und besonders häufig auf dem Gebiete des fränkischen Rechts, dessen aus der Errungenschaftsgemeinschaft hervorgegangene gesammte Hand unter dem Einfluß der romanistischen Jurisprudenz meistens in dies vielgestaltige, oft willkührlich geordnete Institut wieder aufgelöst worden ist[2]). Folgende Punkte sind hier besonders in Betracht zu ziehen.

I. Die beschränkte Gütergemeinschaft ist ihrem Umfange nach verschieden. Den Mittelpunkt derselben, welcher sich in allen Rechten, die sie überhaupt kennen, wiederholt, bildet die eheliche Errungenschaft oder Erkoberung (collaboratio s. acquaestus conjugalis), im Gegensatze

Ehegatten (Condominial- und Consolidatiansprincip). Ebendas. S. 471—500. — Entscheidungen des Obertribunals zu Berlin XIII. S. 477 ff. Das Gesetz v. 16. April 1860. hat diesen Streit beendet, indem es einen Mittelweg zwischen den entgegenstehenden Ansichten eingeschlagen hat. Bei beerbter Ehe setzt der überlebende Ehegatte die Gütergemeinschaft mit den nicht abgeschichteten Kindern fort (§. 10.), bei unbeerbter Ehe erhält er die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens als Eigenthum und falls er mit andern Verwandten als mit Abkömmlingen des Verstorbenen aus früherer Ehe an diesem Nachlaß Theil nimmt, die andere Hälfte zum lebenslänglichen Nießbrauch (§. 7.)

[1]) S. Dithmarsisches Landrecht Art. 34. — Nordstrander Landrecht Th. II. Tit. 24. — Constitution für die Insel Fehmarn v. 12. Febr. 1563. (Esmarch, Sammlung S. 49 ff.) — Stad- und Budjadinger Landrecht Art. 67. 68. (Pufendorf IV. app. 620—21.). Vgl. Falck, Handbuch des Schleswig-Holsteinischen Privatrechts IV. §. 73. — Runde, deutsches eheliches Güterrecht §. 10. 85. und besonders Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts II. 3. S. 389—417.

[2]) Euler, die Fortbildung und Gestaltung des fränkischen ehelichen Güterrechts seit dem Eindringen des römischen Rechts, in der Zeitschrift für deutsches Recht X. Nr. 1. — Wächter, Handbuch des württemb. Privatrechts I. S. 227 ff. — Roth und v. Meibom, Kurhess. Privatrecht §. 104. — Roth, Bayr. Civilrecht I. §. 82—84. und System II. §. 113—34.

zu dem Eingebrachten oder den Illaten. Diesen steht aber in der Regel Alles gleich, was während der Ehe Einem Ehegatten an Erbschaft, Vermächtniß oder Schenkung zugefallen ist, so daß das Eingebrachte mit diesem Zuwachse das Sondergut der Eheleute ausmacht, der eigentliche Erwerb während der Ehe mit Einschluß der Ersparniß von den Nutzungen des Sonderguts aber als Errungenschaft betrachtet wird[3]). Manche Rechte fassen nun die eheliche Gütergemeinschaft als bloße Errungenschaftsgemeinschaft auf[4]); andere ziehen auch noch andere Sachen, nämlich die gesammte fahrende Habe ohne Rücksicht auf ihren Ursprung in die Gemeinschaft, so daß das Sondergut nur aus den eingebrachten Liegenschaften und deren Zuwachs besteht[5]). Zuweilen wird auch die Errungenschaft gewissermaßen nur als eine zur Ausgleichung des Sonderguts bestimmte Masse angesehen, indem es bei Auflösung der Ehe zunächst auf die vollständige Auskehrung des letzteren ankommt, und erst wenn diese beschafft ist, der reine Ueberschuß als das gemeine Gut betrachtet wird, — Gemeinschaft des Zugewinnstes[6]).

II. Um die verschiedenen Vermögenstheile auseinander zu halten, bedarf es einer genauen Inventirung des Eingebrachten, welche über dessen Zuwachs so wie über jede Veränderung im Sondergut überhaupt fortgeführt werden muß, wenn sie über das bestehende Güterverhältniß vollständigen Aufschluß geben soll. In den Particularrechten finden sich darüber genauere Bestimmungen; doch beruht die Regel, daß die Vermuthung für die Errungenschaft ist, nur auf besonderer gesetzlicher Vorschrift und läßt sich aus allgemeinen Gründen nicht rechtfertigen[7]).

---

3) Hasse, Revision §. 44. 60 ff. — Phillips, die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft S. 256 ff. — Kraut, die Vormundschaft II. S. 337 ff. Particularrechtliche Erweiterungen des Begriffs der Errungenschaft kommen insbesondere in Betreff der Schenkungen unter Lebenden vor, s. Mainzer Landrecht Tit. III. §. 2. — Trier. Landrecht Tit. VI. §. 12.; der Spiel- und namentlich der Lotteriegewinnst ist dagegen auch ohne besondere Vorschrift darunter zu befassen, s. Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 404. — K. Schmitthenner, deutsches Güterrecht der Ehegatten, in besonderer Anwendung auf den K. Preuß. Ostrhein. Bezirk (Neuwied 1842.) S. 128 ff. — Seuffert X. Nr. 59. (Abweichend ist in Betreff des Gewinnes aus einem Anleiheloos das Erk. a. a. O. XVII. Nr. 252.). Uebrigens findet für diese verschiedenen Vermögenstheile die Regel: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei eine allgemeine Anwendung; s. die Nachweisungen bei Kraut a. a. O. S. 341. Note 10. — Seuffert XXX. Nr. 250. 251.

4) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 396 ff. — Euler a. a. O. S. 43 ff.

5) Phillips a. a. O. S. 261 ff. — Euler a. a. O. S. 29 ff.

6) Württemb. Landr. Th. IV. Tit. 4. — Mainzer Landr. Tit. IV. §. 1. — Stad- und Budjadinger Landr. Art. 67. 68. — Reyscher, gemeines und württemb. Privatrecht III. §. 566. — Runde a. a. O. §. 85.

7) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 397—401. — Mainzer Landr. Tit. III. §. 4. — Württemb. Landr. Th. IV. Tit. 3. — Reyscher a. a. O. §. 561. — Archiv für oldenburg. Recht IV. Nr. 7. 17.

III. Schon der Begriff der Errungenschaft bringt es mit sich, daß auch bei der beschränkten Gütergemeinschaft dem Manne in der Regel die Verwaltung des ganzen Frauengutes zusteht, was denn wie bei dem ehemännlichen Nießbrauch (oben §. 126.) die Wichtigkeit der Dotalprivilegien hervortreten läßt[8]). Inwieweit dieselben aber der Frau eingeräumt sind und ob sie sich insbesondere auch auf den Zuwachs des Eingebrachten erstrecken, kann nur nach Maaßgabe der besonderen particularen Rechtsbildung entschieden werden[9]); auch kommen eigenthümliche Einrichtungen zum Schutze des Frauengutes gegen Benachtheiligungen durch die Verwaltung des Mannes vor[10]).

IV. Auch bei der beschränkten Gütergemeinschaft finden, so weit sie überhaupt reicht, die leitenden Grundsätze des Institutes, wie sie oben (§. 128) dargestellt worden sind, ihre Anwendung. Dieser Gesichtspunkt wird allgemein festgehalten, so verschieden auch die Ansichten über das Princip der Gütergemeinschaft selbst sind[11]). Natürlich darf aber auch in diesem Fall ber besonderen particularen Rechtsbildung, einer an sich richtigen gemeinrechtliche Theorie zu Liebe, kein Zwang angethan werden; und wenn es sich z. B. zeigt, daß ein Statut die römische Rechtsgemeinschaft seinem Güterrechte zum Grunde gelegt hat, so ist dies Princip, so weit die erkennbare Absicht der Gesetzgebung darauf gerichtet gewesen ist, zur Anwendung zu bringen[12]).

8) Württemb. Landr. Th. III. Tit. 7. §. 3. — Euler, in der Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 35.

9) In Württemberg hat darüber das Pfandgesetz v. 15. Apr. 1825. genauere Bestimmungen, s. Reyscher a. a. O. II. §. 319. Ueber andere Particularrechte s. Euler a. a. O. Note 113.

10) Dahin gehören z. B. die s. g. weiblichen Freiheiten in Württemberg, s. Reyscher a. a. O. §. 567—70., auf deren Ausbildung das alte beneficium abdicationis Einfluß gehabt hat, vgl. Euler a. a. O. S. 40.

11) Hasse, Revision §. 58. — Pfeiffer, pract. Ausführungen I. Nr. 8. — Runde a. a. O. §. 80.

12) Eine principielle Jurisprudrnz sucht man freilich in der Gesetzgebung des 16. Jahrhunderts auf diesem Gebiete vergebens, wie überhaupt die fränkische beschränkte Gütergemeinschaft meistens ein Abkommen zwischen der alten gesammten Hand und dem gesonderten Güterrecht darstellt. So bestimmt z. B. das Württemberg. Landr. Th. III. Tit. 7. „Wann Eheleut ohne sondere Paction, Bedingung oder Heyrathsberedung, in die Ehe zusammen kommen, solln an allen in wehrender Ehe errungenen oder gewonnenen Gütern (darunder auch dasjhenig, was den Eheleuten zu ihrer Hochzeit verehrt worden, zu rechnen) jedem Ehegemächt der halb Theil zugehörig seyn." Daneben macht sich aber auch für das Sondergut der Frau die Familiengewalt des Mannes geltend a. a. O. Th. II. Tit. 29. „Ferner wöllen Wir auch, daß kein Weibsperson ihre liegende Güter oder etwas namhafftes und ansehnliches von fahrender Haab, verändern, noch auch ihre Güter mit Zinsen und Gülten beschweren, oder einigen andern Contract und Hand-

V. In Betreff der Schulden ist es für die meisten Rechte von besonderer Wichtigkeit, ob sie aus der Errungenschaft bestritten werden können, oder die „Verrungenschaft" eine Zubuße nöthig macht, deren Vertheilung wieder nach den verschiedenen Gestaltungen der beschränkten Gütergemeinschaft verschieden geordnet ist[13]). Nur wenn eine Gewerbegemeinschaft der Ehegatten besteht, pflegt eine solidarische Verhaftung des Sonderguts der Frau für die aus dem Gewerbetriebe herrührenden Schulden allgemein statt zu finden[14]).

---

thierung ohne ihren Ehevogt — — treffen oder fürnemmen solle." — Ganz im Sinne der gesammten Hand verfügt dagegen die Frankf. Reformation Tit. III. Tit. 6. §. 4. „Da auch einig liegend Gut einem der Ehegemaheln gleich allein zustendig wern; So soll es doch dasselbig ohne Verwilligung deß andern — — zu verkauffen oder zu verpfänden nicht Macht haben, auch ohn solche Verwilligung darüber kein Wehrschafft oder Insatz angenommen noch zugelassen werden." Vgl. auch Trier. Landr. (Maurenbrecher, rheinpreuß. Landrechte II. S. 103.) Th. VI. §. 31. „Bey währender Ehe kann der Mann über die Möbel=Gütern verordnen: ebenfalls hat der Mann in stehender Ehe die freye administration der errungenen liegenden Gütern dergestalt, daß er selbige auch ohne Bewilligung deß weibs veräusseren mag, vermitz dannoch solches in beyden obigen Fällen auß einiger bewegenden Ursach der erforderlichen Noth, Nutz oder Vortheil, nicht aber zu beflissentlicher Vervortheilung des Weibes geschehe."

13) Euler a. a. O. §. 18. 21. 24. 25. Beispielsweise stehe hier die Bestimmung des Mainzer Landrechts Tit. IV. §. 1. „Alle Schulden, die währender Ehe gemacht worden, es sey von Mann oder Weib, die sollen ohne Unterscheid aus der Errungenschafft bezahlt werden; Wann sich aber die Errungenschafft so weit nicht erstrecket, so soll jedes Ehegenoß diejenige Schulden, die es währender Ehe absonderlich gemacht, und nicht in gemeiner Nahrung verwendet, desgleichen auch diejenige Schulden, so ein= oder anderer Theil vor angetrettener Ehe contrahirt hätte, von seinem Zugebrachten und Ererbten allein bezahlen, desgleichen auch diejenige Schulden, welche ex delicto so des ein= als des anderen herrühren, nicht minder die contrahirte Spielschulden von demjenigen, welcher dazu condemniret worden, oder respective contrahiret, allein ohne mindeste Concurrirung des anderen Theils, gantz bezahlt werden, und selbigem zu Last bleiben sollen. §. 2. Hätten aber beyde Ehe=Genossen die Schulden gesambter Hand, oder das eine aus denenselben solche auch ohne Vorbewust des anderen, jedoch zu ihrem gemeinem Haußwesen, oder Güter=Bau gemacht, so solle der Mann zwey Drittel und die Frau ein Drittel daran zahlen." — — Das zuletzt bezeichnete Verhältniß entspricht den Antheilen des Mannes und der Frau an der Errungenschaft, s. a. a. O. Tit. III. §. 1.

14) Mainzer Landr. Tit. IV. §. 3. — Trier. Landr. Tit. VI. §. 28—30. — Frankf. Reformation Th. III. Tit. 7. §. 11—14. und dazu Souchay, Anmerkungen II. S. 645 ff. — Nürnberg. Reformation Tit. 28. Ges. 6. — Nassau=Katzenellenbog. Landordnung Th. IV. Cap. 15. — — „Doch aber, und zum Fall beyde Eheleuth mit einander zu offenem Laden gesessen, Krämerey, Wirthschafft, und gesampte Parthierung, auch gemeine Herberg gehalten, und Schulden hierbey gemacht, und hinterlassen hätten, so soll das Letztlebend sich

§. 130.

Die eheliche Gütergemeinschaft (Fortsetzung).

Die gesetzlichen Regeln über das Güterrecht der Ehegatten gehören dem s. g. vermittelnden Rechte an, so daß eine Abänderung derselben durch Privatwillkühr freigelassen ist. Dieser Grundsatz, welcher insbesondere auch in Betreff der Gütergemeinschaft zur Anwendung kommt, ist von jeher für die deutsche Rechtsentwickelung auf diesem Gebiete von großem Einfluß gewesen, und wird in seiner praktischen Geltung von der Jurisprudenz und der Gesetzgebung gleichmäßig anerkannt, so daß demselben die Bedeutung eines gemeinen Gewohnheitsrechts beigelegt werden darf[1]). Die Form, in welcher die Privatwillkühr sich hier bewegt, ist der Vertrag, da letztwillige Verfügungen keine Anwendung finden können; denn dritten Personen steht es nicht zu, das Güterrecht einer fremden Ehe einseitig zu bestimmen, und die Eheleute selbst wollen ja eben ihre Rechtsverhältnisse unter Lebenden, und nicht erst von Todes wegen durch eine besondere Feststellung ihres Güterrechts ordnen. Dies ist eben der Punkt, wo diejenigen Geschäfte, von denen hier die Rede ist, von solchen Verfügungen sich scheiden, welche unmittelbar auf die Erfolge gerichtet sind und als Testamente oder Erbverträge erscheinen. Jene nämlich können ebenfalls auf die Succession einwirken und werden es in der Regel thun, insofern dieselbe die Folge eines besonderen Institutes des Güterrechts ist: aber es geschieht nur mittelbar, indem ein allgemeines Rechtsverhältniß begründet wird, welches auch über die Dauer der Ehe hinaus seine Wirksamkeit äußert[2]). Es kann also möglicher Weise durch eine solche Anordnung, insofern sie auch das Recht der Kinder ergreift, in Beziehung auf deren Notherbrecht ein Ergebniß hervorgerufen werden, welches unmittelbar weder durch ein Testament noch durch einen Erbvertrag zu erreichen gewesen wäre[3]).

Die Verträge über das eheliche Güterrecht bilden nun in der Regel einen Bestandtheil der Ehestiftungen, und es kann daher auf die allgemeinen Regeln, welche über dieses Geschäft aufgestellt worden sind, (oben

---

vorangeregtes Beneficii (sc. abdicationis) nicht zu gebrauchen haben, sondern sollen dieselbe Schulden, so wol aus des Verstorbenen, als des Letztlebenden Güthern bezahlet werden." Vgl. Pauli, Abhandlungen II. S. 59 ff. — Kraut, die Vormundschaft II. S. 580. — Phillips, die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft S. 276. — Seuffert I. Nr. 240.

[1]) Vgl. oben §. 121. Note 22. 23. — v. Roth, System II. §. 93.

[2]) Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 2. S. 122 ff.

[3]) Runde, deutsches eheliches Güterrecht §. 162. — Archiv für oldenburg. Recht III. S. 33 ff. 41 ff.

§. 121) hier verwiesen werden. Nur dafür bedarf es noch einer besonderen Erörterung, wie solche Verträge in besonderer Beziehung auf die eheliche Gütergemeinschaft wirksam werden, wobei denn zu unterscheiden ist, ob sie eine Begründung, Ausbildung oder Abänderung derselben bezwecken.

I. Der gesetzlichen Gütergemeinschaft, welche auf Grund einer geltenden Rechtsregel eintritt, pflegt die vertragsmäßige (communio bonorum conventionalis) als eine besondere Art an die Seite gestellt zu werden[4]). Nach gemeinem Rechte ist ein solcher Vertrag keinen besonderen Beschränkungen unterworfen[5]), und sein Inhalt nach den allgemeinen Regeln über die Auslegung der Verträge zu bestimmen[6]). Meistens wird es sich dann herausstellen, daß die Eheleute eine bestimmte Art der Gütergemeinschaft, welche z. B. an einem benachbarten Orte, oder in der Provinz, dem Stammesrechte ihre genauere Ausbildung erhalten hat, für sich begründen wollen; auch wird in manchen Gegenden dadurch, daß gewisse Ausdrücke für das beabsichtigte Rechtsverhältniß hergebracht sind, dessen Natur gewohnheitsrechtlich näher bezeichnet[7]). Fehlt es für die Auslegung des Vertrags an einem solchen Anhalt, so muß vermuthet werden, daß die Eheleute das von ihnen beliebte Institut nach seiner gemeinrechtlichen Ausbildung für sich gewillkührt haben; und wenn schlecht-

---

[4]) In dem Oesterr. Gesetzb. §. 1180. 1233—36. ist allein die vertragsmäßige Gütergemeinschaft unter den Eheleuten zugelassen; andere Statute nennen die „ungedingte Ehe" eine solche, in welcher die gesetzliche Regel der Gütergemeinschaft gilt. Vgl. Scherer, verworrene Lehre I. S. 93. — Euler, Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 19 ff.

[5]) Anders nach Particularrechten, s. Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 354. „An Orten, wo die Gütergemeinschaft nicht aus Provinzialgesetzen oder Statuten statt findet, kann sie durch einen Vertrag nur vor Vollziehung der Heirath eingeführt werden. §. 355. Wenn jedoch Eheleute ihren Wohnsitz von einem Orte, wo keine Gütergemeinschaft obwaltet, an einen andern, wo dieselbe statt findet, verlegt haben: so können sie sich derselben, auch in Ansehung der Erbfolge, durch einen Vertrag unterwerfen." Vgl. oben §. 121. Note 13—19.

[6]) Phillips a. a. O. §. 126. — Runde a. a. O. §. 159. — Entscheidungen des Geh. Obertribunals (zu Berlin) N. F. VI. S. 482. In Betreff der Obligationsverhältnisse kann insbesondere auch die Lehre von der Uebernahme fremder Schulden in Betracht kommen.

[7]) „Hut bei Schleier, Schleier bei Hut"; „Leib an Leib, Gut an Gut" u. s. w., s. Scherer a. a. O. §. 18. Doch ist hier, wie überhaupt bei der Rechtsentwickelung aus Sprichwörtern, Vorsicht nöthig; die Wendung, die Eheleute wollten sich auf die Regel: „Längst Leib, längst Gut" heirathen, ist z. B. zuweilen nur auf die Erbfolge zu beziehen; s. Pufendorf, observatt. jur. III. obs. 118. — Strube, rechtliche Bedenken I. Nr. 46. IV. Nr. 166. — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen I. Nr. 61. — Roth und v. Meibom, Kurhess. Privatrecht I. §. 103. Note 19.

hin die Gütergemeinschaft verabredet worden ist, so muß im Zweifel angenommen werden, daß die allgemeine gemeint sei, weil eine Ausnahme von der Regel nicht vermuthet werden darf[8]).

II. Die vertragsmäßige Ausschließung der Gütergemeinschaft ist wie die Begründung derselben im Allgemeinen für zulässig anzusehen, und die Frage, welches andere Institut dann an deren Stelle tritt, muß in jedem einzelnen Falle nach dem Inhalte des Vertrags, unter Berücksichtigung der so eben angeführten Momente beantwortet werden. Es kommt hier jedoch der besondere Umstand zur Erwägung, daß die Gütergemeinschaft nicht nur ein für die Familie unmittelbar wirksames Rechtsverhältniß ist, sondern wegen der Verhaftung des Ehevermögens für die Schulden auch das Interesse dritter Personen wesentlich berührt. Mit Rücksicht auf die Creditverhältnisse kommen daher nach dieser Seite hin particularrechtliche Beschränkungen der Privatwillkühr vor[9]), und allenthalben, wo die allgemeine Gütergemeinschaft gesetzlich gilt[10]), müssen die Verträge, durch welche sie vor oder nach Eingehung der Ehe ausgeschlossen wird, in bestimmter Form öffentlich bekannt gemacht werden, damit die Betheiligten Kenntniß davon erhalten und ihre Angelegenheiten darnach ordnen können, — eine Einrichtung, welche Dritten gegenüber so sehr der Natur der Sache und dem guten Glauben entspricht, daß sowohl innere als äußere Gründe für ihre gemeinrechtliche Geltung angeführt werden können[11]). Aber auch hiervon abgesehen, muß der Grundsatz

---

[8]) Abweichend bestimmt das Pr. A. L. R. a. a. O. §. 359. „Ist es, nach der Fassung eines solchen Vertrages, zweifelhaft, ob dadurch eine Gemeinschaft aller Güter, oder nur des Erwerbes, hat eingeführt werden sollen: so wird letzteres vermuthet." Der Grund, der sich auch vom Standpunkte des gemeinen Rechts für diese Ausführung etwa anführen ließe: die beschränkteste Gütergemeinschaft weiche am Wenigsten vom römischen Rechte ab, trifft deswegen nicht zu, weil auch das letztere in dieser Lehre nur die Bedeutung eines bedingt subsidiarischen Rechtes hat; s. oben §. 126. Note 2.

[9]) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 418. „Ueberhaupt stehet es den Eheleuten zu allen Zeiten frei, die Folgen der Gemeinschaft, so weit sich dieselben auf ihre künftige Succession erstrecken, durch Verträge aufzuheben oder abzuändern. §. 419. Ein blos durch Vertrag entstandene Gemeinschaft kann zu allen Zeiten auch durch Vertrag wieder aufgehoben werden." Vgl. über die Hamburgische Praxis Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen II. S. 490.

[10]) Für die beschränkte Gütergemeinschaft erscheint die Frage von geringer Bedeutung; doch ist auch für den Fall der Erwerbsgemeinschaft der Einfluß abändernder Ehestiftungen zuweilen ausgeschlossen; s. Frankf. Reformation Th. III. Tit. 7. §. 14.

[11]) Pr. A. L. R. a. a. O. §. 422. „In allen Fällen, da die Gemeinschaft der Güter oder des Erwerbes ausgeschlossen, oder aufgehoben werden soll, muß dieses gerichtlich verlautbaret, und in den Zeitungen und Intelligenzblättern der

festgehalten werden, daß die Aufhebung der Gütergemeinschaft die vorher begründeten Rechtsverhältnisse zum Nachtheile Dritter nicht rückwärts abändern kann. Den Gläubigern bleibt daher jedenfalls das Ehevermögen, wie es zur Zeit der Aufrufung der Gütergemeinschaft beschaffen war, nach wie vor als Executionsgegenstand verhaftet.

III. Auch einzelne Abänderungen an dem Recht der gesetzlich bestehenden Gütergemeinschaft können gültig vorgenommen werden. Selbst die Ausnehmung einzelner Güter von der Gemeinschaft nach der Art der Einhandsgüter bei der Gütervereinigung[12]) ließe sich wohl rechtfertigen, wenn die für die Aufrufung überhaupt vorgeschriebenen Maßregeln dabei angewandt würden. Doch ist eine solche vertragsmäßige Abänderung durch Beschränkung der Gemeinschaft nicht eben üblich[13]).

Provinz, zu dreienmalen innerhalb Vier Wochen bekannt gemacht werden." — Lippesche Verordnung v. 1786. §. 32. — Rostocker Stadtr. Th. 1. Tit. 5. Art. 6. Vgl. Hamburg. Sammlung Lübeckischer Rechtssprüche II. 2. S. 614. (In den mit Lübischem Rechte bewidmeten Städten ist meines Wissens die Aufrufung der Gütergemeinschaft gewohnheitsrechtlich gegen Dritte nur dann wirksam, wenn sie vorher öffentlich verkündigt worden; vgl. Seuffert IX. Nr. 170.). — Peterssen, das eheliche Güterrecht in Osnabrück S. 56—66. — Deiters, die eheliche Gütergemeinschaft §. 55. — Phillips a. a. O. S. 104 ff. — Runde a. a. O. §. 166. — Eichhorn, Einleitung §. 307. — Seuffert XXI. Nr. 61. — Runde a. a. O. §. 165. und ebenso das O. A. Gericht zu Kiel (s. die Erk. bei Seuffert IX. Nr. 171. XX. Nr. 47.) leugnet die Gemeinrechtlichkeit der Einrichtung; aber in Beziehung auf die Rechtsverhältnisse Dritter scheint sie mir unzweifelhaft, während die Nothwendigkeit der Veröffentlichung für die Ehegatten selbst wohl nur da anzunehmen ist, wo Gesetz oder Gewohnheit sie ausdrücklich fordern. In neuester Zeit ist die Praxis dieser Auffassung freilich wenig günstig, doch ist die Rechtsfrage nicht eingehend erörtert. Vier Erkenntnisse (Seuffert IX. Nr. 171. XX. Nr. 47. XXVII. Nr. 237. — R. G. VI. Nr. 62.) beschäftigen sich nur mit dem Rechtszustande in Schleswig-Holstein und nehmen ohne weitere Begründung an, daß die vertragsmäßige Ausschließung der Gütergemeinschaft gemeinrechtlich keine öffentliche Bekanntmachung erfordre; ebenso das Erkenntniß des R. G.'s. (Entscheidungen IX. S. 93.), während das O. A. G. zu München (Seuffert XXXI. Nr. 338.) dieselbe Ansicht nicht eben glücklich motivirt hat: da den Eheleuten gestattet sei, die gesetzlich bestehende Gütergemeinschaft zu ändern, so sei der Gläubiger nicht berechtigt vorauszusetzen, daß dieselbe nicht abgeändert sei (L. 19. D. de R. J.) Allein für die Beobachtung der gesetzlichen Regel spricht nicht blos die Vermuthung (s. Stobbe, Handbuch IV. S. 137.), sondern sie muß als die Voraussetzung des abgeschlossenen Creditgeschäftes gelten, vgl. oben §. 114. Note 22.

12) S. oben §. 127. Note 10.

13) Vgl. Phillips a. a. O. S. 145. Doch findet sich in fränkischen Statuten, z. B. der Nürnberg. Reformation v. 1484. die Vorschrift, daß Einhandsgüter nur mit Zustimmung beider Ehegatten bestellt werden sollen; s. Schwarz, die Gütergemeinschaft der Ehegatten nach fränkischem Rechte S. 83. Note 3. Was dagegen dem einen Ehegatten unter der ausdrücklichen Bedingung, daß es nicht in

§. 131.

Die Kinder in der Were.

Die vorhergehende Erörterung hat sich nur damit beschäftigt, wie das Recht der Ehegatten an ihrem zusammengebrachten und erworbenen Vermögen beschaffen ist; der Kinder, welche doch auch der Gemeinschaft des elterlichen Hauses angehören, ist in dieser Beziehung noch nicht gedacht worden. So lange sich dieselben aber noch in der Hausgenossenschaft oder Were ihrer Eltern befinden, kann ihnen ein selbständiges Recht an dem Ehevermögen nicht beigelegt werden. Sie haben zwar eine Anspruch auf Unterhalt und Erziehung, der äußerstenfalls durch das Einschreiten der Obrigkeit gewahrt werden kann, so daß die Befriedigung desselben nicht blos zu den s. g. Liebespflichten gehört; auch erheischt es die Sitte, daß den Kindern bei ihrem Ausscheiden aus der Were eine elterliche Beihülfe mit gegeben werde, welche bei den Töchtern in einer Aussteuer zur Ehe, bei den Söhnen in einer Beisteuer zur Einrichtung ihres selbständigen Gewerbebetriebes zu bestehen pflegt, wenn nicht etwa bei letzteren die Kosten der Vorbereitung für ihren Beruf, z. B. als Staatsbeamte, Aerzte, die zur Beisteuer verfügbaren Mittel aufgezehrt haben, oder die Unterstützung statt in der Auszahlung des Anlagecapitals in vorläufigen Zuschüssen zur Bestreitung der Wirthschaft besteht. Allein ein selbständiges Sonderrecht der Kinder, welches das Eigenthum der Eltern an deren Gütern irgendwie beschränkte, ist in diesen Beziehungen nicht ausgedrückt. — Auch haben erstere, so lange sie in der Were sind, in der Regel kein eigenes Vermögen zu verwalten, da die Aufhebung der väterlichen Gewalt gegenwärtig mit dem Ausscheiden aus der Were und der Begründung eines selbständigen Hauswesens zusammenzufallen pflegt, und daher ein peculium profectitium und castrense nur selten noch vorkommen und zu einer rechtlichen Beurtheilung Veranlassung geben[1]). Dagegen kann allerdings ein Erwerb, welcher unter

---

die Gemeinschaft falle, von Dritten zugewandt wird, hat unzweifelhaft den Charakter des Sonderguts; s. Lippesche Verordnung v. 1786. §. 7. Note 2. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 373. — Schwarz a. a. O. S. 97. Note 10.

[1]) Daß das peculium profectitium und castrense und die mit ersterem verbundenen s. g. actiones adjectitiae qualitatis im heutigen Rechte gar keine Bedeutung mehr haben, wie manche annehmen (s. Kraut, die Vormundschaft II. S. 640 ff. — Dietzel, Jahrbuch des gemeinen Rechts II. S. 50—52.), läßt sich nicht behaupten, und Particularrechte erkennen sie auch noch ausdrücklich an, s. Haubold, Lehrbuch des K. Sächs. Privatrechts §. 588. Note b. — Strippelmann, neue Sammlung V. S. 557. Aber allerdings kommen Rechtsverhältnisse, auf welche sich diese römische Lehre beziehen ließe, nur noch höchst selten vor, und

den Begriff des peculium adventitium fällt, auch jetzt noch für die Kinder stattfinden[2]), und hinsichtlich eines solchen stimmen das deutsche und das römische Recht wenigstens insoweit überein, daß beide dem Vater die Verwaltung und Benutzung einräumen, so lange das Kind sich in seiner Gewalt befindet. Besondere Garantien des Inventars, der Sicherheitsstellung, Rechnungslegung werden dabei von dem Vater nicht verlangt, dessen regelmäßige Verwaltungsbefugnisse überhaupt nicht nach den strengen Grundsätzen des gewöhnlichen Nießbrauchs oder der Vormundschaft beurtheilt werden dürfen[3]). Das Rechtsverhältniß ist aber auch nicht unter dem Gesichtspunkte eines abstracten Vermögensrechtes des Vaters aufzufassen, und daher den Gläubigern desselben ein Anspruch auf die Nutzungen aus dem Sondergut der Kinder jedenfalls nur insoweit einzuräumen, daß letzteren ihr Unterhalt gesichert bleibt[4]).

So lange nun die Ehe der Eltern dauert, stellen diese Beziehungen zu den Kindern im Wesentlichen sich als gleichartig dar, welches Institut des ehelichen Güterrechts auch sonst gelten mag. Denn für die Vermögensverhältnisse ist der Vater nach dieser Seite hin doch immer der Vertreter der Ehe, und der Umstand, ob er mit der Frau in gesonderten Gütern oder in irgend einer Art der Vermögensgemeinschaft sitzt, wird für die Kinder nur insofern von Einfluß sein, als der Umfang der Mittel, welche der Vater für sie verwenden kann, dadurch bestimmt wird. Anders verhält sich aber die Sache, wenn durch den Tod des einen Ehegatten die Ehe aufgelöst wird, und es sich nun fragt, wie die Kinder zu dem Ueberlebenden zu stehen kommen und welches Recht sie an dem Nachlasse des Verstorbenen haben. Das römische Recht macht in dieser

---

die von dem O. A. G. zu Rostock vertretene Ansicht (Seuffert XXVII. Nr. 58.), daß das von dem Vater dem Kinde Gegebene in der Regel ein peculium profectitium bilde und als solches zu beurtheilen sei, ist in keiner Weise zu billigen.

2) Eine Vergütung für wirthschaftliche Dienste könne jedoch die Kinder in der Were nicht fordern, s. §. 123. Note 13.

3) Vgl. Strippelmann a. a. O. S. 558—647. — v. Nettelbladt, Rechtssprüche II. Nr. 56. — Archiv für oldenburg. Recht III. S. 82. 83. — v. Roth, System II. §. 168. Abweichende Bestimmungen einzelner Particularrechte, z. B. der Frankf. Reformation Th. V. Tit. 8. §. 1. beziehen sich auf den Fall, daß der Vater mit den Kindern nach dem Tode der Mutter in der Gemeinschaft fortsitzt. Wenn aber von manchen Juristen dem Vater allgemein die Pflicht der Sicherheitsstellung im Fall der übermäßig nachlässigen Verwaltung auferlegt wird (s. Kraut a. a. O. S. 624. Note 12.), so läßt sich dies nach gemeinem Rechte wohl nur insofern billigen, als in der Sicherheitsstellung ein Mittel der Ausgleichung, um eine Prodigalitätserklärung zu vermeiden, gefunden werden kann.

4) Strippelmann a. a. O. S. 621—22. Abweichende Ansichten sind in zwei Erkenntnissen des Oberappellationsgerichts zu Celle (Seuffert V. Nr. 296.) ausgesprochen worden.

Beziehung einen wesentlichen Unterschied, je nachdem der Vater oder die Mutter zuerst mit dem Tode abgegangen ist. Im letzteren Fall ändert sich das Rechtsverhältniß zum Vater nur insofern, daß er nun für die Kinder in der Gewalt das mütterliche Erbe als peculium adventitium erwirbt; der Tod des Vaters hebt dagegen die Hausgenossenschaft auf, und die Mutter kann nur über minderjährige Kinder die gewöhnlichen vormundschaftlichen Rechte erwerben. Von diesen Grundsätzen weichen die des deutschen Rechts wesentlich ab. Wird der Vater auch in allen Beziehungen als das Haupt der Familie anerkannt, so ist deren einheitlicher Zusammenhalt doch nicht so ausschließlich auf seine Mundialgewalt gegründet, wie es bei der römischen Potestas der Fall war; auch die Mutter ist unter Umständen befugt, die in der Ehe dargestellte Rechtsgemeinschaft mit den Kindern fortzusetzen und die Stelle des Mannes, wenn auch in beschränkter Weise, auszufüllen. Das Verhältniß zu den Kindern kann sich daher im Wesentlichen gleich gestalten, mag die Ehe durch den Tod des Mannes oder der Frau aufgelöst werden; insbesondere kann in beiden Fällen auf Grund gesetzlicher Einrichtungen die Auftheilung des in der Ehe vorhandenen Vermögens bis auf einen späteren Zeitpunkt hinausgeschoben werden. Im Einzelnen gestalten sich diese Beziehungen nach der Natur der besonderen Institute des ehelichen Güterrechts sehr verschieden; der leitende Gedanke ist aber der, daß in der Ehe eine der Genossenschaft ähnliche Verbindung zwischen Eltern und Kindern sich darstellt, welche zunächst von der Gewalt des Hausvaters getragen und bestimmt wird, aber auch in der Mutter ihre Vertretung finden kann[5]).

I. Eine solche Fortführung der gemeinsamen Wirthschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern ist unabhängig von der Gütergemeinschaft; sie gehört ohne Zweifel zu den ältesten Einrichtungen des deutschen Familienwesens[6]), und wird in den Rechtsbüchern als die Regel vorausgesetzt, welche freilich unter besonderen Umständen, z. B. wenn die Absonderung der Kinder schon geschehen war, oder bei dem Tode des einen Ehegatten passend beschafft werden konnte, eine Ausnahme erlitt[7]). Selbst in solchen Rechten, welche die eheliche Güterver-

---

5) S. oben §. 122. Note 5.

6) L. Bajuv. tit. I. cap. 1. — L. Burgund. tit. I. cap. 1. 2. — tit. LI. — LXXV. Vgl. Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 2. S. 310 ff.

7) Sächs. Landr. B. I. Art. 11. „Halt ok de vader sine kindere in vormuntscap na ir muder dode, svenne se sik von ime scedet, he sal en weder laten unde wider geven al ir muder gut, it ne si ime von ungelücke unde ane sine scult geloset. Dit selve sal dat wif des vader kinderen dun, of ir vader stirft, unde jewelk man, die kindere vormünde is.“ — B. III. Art. 76. §. 1. „Stirft eneme wive ir man, unde blift sie in des mannes gude ungetveiet mit den kinderen, lang

einigung in den ehemännlichen Nießbrauch mit Dotalprivilegien des Frauengutes aufgelöst haben, findet sich das alte volksthümliche Institut noch im Wesentlichen erhalten [8]).

II. Eine weitere Ausbildung und festere Begründung gewann dasselbe in denjenigen Rechten, welche die eheliche Gütergemeinschaft consequent durchgeführt haben. Welchen Einfluß man dabei den Beziehungen der Eltern zu den Kindern einräumte und wie sich nach der älteren Volksansicht erst durch das Vorhandensein der letzteren die Hausgenossenschaft in ihrer Vollendung abschloß, das erkennt man recht deutlich aus solchen Statuten, welche die Gütergemeinschaft nicht anders als in der beerbten Ehe eintreten lassen. Ueberhaupt aber muß es natürlich erscheinen, daß je inniger die Vermögensverhältnisse unter den Ehegatten während der Ehe verknüpft sind, um so weniger an eine Auflösung derselben durch Theilung zwischen dem Ueberlebenden und den Kindern gedacht wird. Nach dem reinen Princip der Gütergemeinschaft wird der längstlebende Ehegatte freier Eigenthümer des Ehevermögens; aber der Anspruch der Kinder auf Unterhalt, Erziehung, Aussteuer wird dadurch nicht verändert, daß das Recht beider Eltern sich auf den Ueberlebenden consolidirt hat. Es dauert vielmehr das frühere Verhältniß zu den Kindern in der Were fort, und insofern kann man von einer fortgesetzten Gütergemeinschaft (communio bonorum prorogata) sprechen, nur daß sie nicht so aufzufassen ist, als ob die Kinder an die Stelle des verstorbenen Ehe-

---

wile oder korte, swenne sie sik tweiet dar na, so nemet die vrowe ire morgengave unde ire musdele unde ire rade an alle deme gude dat dar denne is, als sie nemen solde to der tiet do ire man starf." — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 126. 159. — Finsler, de obligatione uxoris circa solvenda mariti debita p. 56—63.

[8]) Falck, Handbuch des Schleswig-Holstein. Privatrechts V. §. 88. 89. — Sachse, Handbuch des Großherz. Sächs. Privatrechts §. 163. Abweichend ist die Chursächs. Decision 62. vom Jahre 1661., welche die Fortführung der Hausgenossenschaft unter dem Begriff der Vormundschaft auffaßt, und der Mutter den Nießbrauch an dem Vermögen der Kinder abspricht; vgl. Sächs. Gesetzb. §. 1885. 1891—92. — Haubold, Lehrbuch §. 88. — Kraut, die Vormundschaft II. S. 688. Note 14. Auch in andern Particularrechten hat der Umstand, daß man die Beurtheilung des ganzen Rechtsverhältnisses auf die Frage zurückführte, ob der Mutter gleich dem Vater die Verwaltung und Benutzung der Adventitien zukomme, mehrfache Verwirrungen erregt, s. Pfeiffer, pract. Ausführungen II. Nr. 4. Es handelt sich hier weniger um ein einzelnes Vermögensrecht der Mutter, als um ihre Stellung in der Gemeinschaft, wenn diese ihr auch mittelbar Vortheile gewähren kann. — Die Behandlung, welche die Lehre in dem Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 18. §. 410—14. gefunden hat, entspricht dem Geiste des deutschen Rechts in keiner Weise; auch die Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875. (vgl. Dernburg, das Vormundschaftsrecht S. 128.) hat keine gründliche Abhülfe gebracht.

gatten treten oder doch ihre bestimmten ideellen Theile in der Gemeinschaft haben[9]). Es ist die fortgesetzte Hausgenossenschaft, auf welche es dabei ankommt, und deren Haupt und Vertreter der überlebende Ehegatte ist, sei es Mann oder Frau. Denn die Wittwe nimmt nun die Stelle ihres verstorbenen Eheherrn ein, im Wesentlichen mit demselben Rechte, wenn auch unter gewissen Beschränkungen, welche in früherer Zeit schon wegen der Geschlechtsvormundschaft allgemein nothwendig wurden[10]). Auf

---

9) Schüler, jurist. Abhandlungen I. S. 514 ff. — Seuffert IV. Nr. 235 b. VII. Nr. 331. XIV. Nr. 99. XVI. Nr. 227. XXVI. Nr. 136. XXXI. Nr. 136. XXXIV. Nr. 310. Eine andere Ansicht vertritt Schröder, Geschichte II. 3. §. 11., indem er ein Gesammteigenthum bez. Miteigenthum des überlebenden Ehegatten und der Kinder annimmt, wobei er aber nicht berücksichtigt, daß das Wartrecht und das darauf beruhende Beispruchsrecht der Letzteren selbständig begründet war. — Die Particularrechte weichen jedoch mehrfach von dem im Text aufgestellten Princip ab; vgl. Schwarz, die Gütergemeinschaft der Ehegatten S. 72 ff. Nach dem Lübischen Rechte, wenigstens dem älteren, stellt sich die Sache so, daß mit dem Tode des einen Ehegatten eine Rechtsveränderung eintritt, indem der überlebende mit den Kindern eine neue Rechtsgemeinschaft (wohl nach dem Princip des Gesammteigenthums) bildet. Dies ergiebt sich namentlich aus dem Umstande, daß die im Ehevermögen befindlichen Grundstücke im Stadtbuche auf die Namen des Ueberlebenden und der Kinder umgeschrieben und von ihnen mit gesammter Hand veräußert werden, s. Pauli, Abhandlungen II. S. 110 ff. — R. O. H. G. IX. S. 252. Mehrere westphälische Statute nehmen in der fortgesetzten Gemeinschaft ideelle Theile der Kinder an, s. die Zusammenstellung bei Sommer, neues Archiv XI. S. 317 ff., und die Bremische Jurisprudenz läßt dasselbe gelten, wenn die Mutter mit den Kindern in der Gemeinschaft sitzen bleibt, indem sie die Regel aufstellt: patre mortuo bona censeantur divisa, s. Berck, über das Bremische Güterrecht der Ehegatten S. 348 ff. — Donandt, Versuch einer Geschichte des Brem. Stadtrechts II. S. 130. In den Statuten (s. die folgende Note) ist diese Auffassung aber nicht begründet.

10) Bremer Statuten v. 1433. Stat. 7. (Oelrichs S. 451.) „Wor twe lude tosamene komet man unde vrowen an echtescap unde kindere winnet. so welk eere er stervet de beervet den anderen. sterft de man allererst, unde holt sik de vrowe wol unde erliken na eres mannes dode. de vrowe schal mit eren kinderen vriliken sitten an erve unde in allen gude. Wel se ok enen man nemen" u. s. w. — Stat. 8. „Sterft enes borgers wif. de man scal vriliken mit sinen kinderen sunder yenighe herschup (al. ane jemandes herscup) besitten sin erve unde sin gud. men levede de man unredeliken, dat he sin erve unde sin gut unde siner kindere unnutliken to bringhen wolde. De Radmanne unser stad unde der kindere vrunt unde sine vrunt de scolen ene manen dat he des vortige" u. s. w. Also bei dem Vater nur im schlimmsten Fall eine Einwirkung der Obrigkeit und der Verwandten, während die Mutter, welche auch „vriliken" im Gute sitzt, es doch nicht „ane jemandes herscup" thut; denn sie ist der dauernden Aufsicht des Familienrathes unterworfen. S. Berck a. a. O. S. 349. — Lippesche Verordnung v. 1786. §. 16—21. — Ueber das westphälische Recht s. Sommer a. a. O. S. 323 ff. — Wigand, die Provinzialrechte der Fürstenthümer Paderborn und

diese Weise findet eine Gemeinschaft auf Gedeih und Verderb statt[11]), die nur ausnahmsweise auf das Vermögen, welches zur Zeit der Auflösung der Ehe vorhanden ist, beschränkt wird[12]). Auch der spätere selbstständige Erwerb der Kinder fällt in die Gemeinschaft, insofern er nicht ein solcher ist, welcher auch bei Lebzeiten beider Eltern als ein Sondergut hätte betrachtet werden müssen[13]).

III. Eigenthümlich gestaltete sich das Rechtsverhältniß zwischen Eltern und Kindern in den fränkischen Rechten, welche die gesammte Hand unter den Eheleuten ausgebildet hatten, indem der Ueberlebende in Nutz und Gewer des gemeinen Gutes blieb, und nur die Liegenschaften den Kindern verfangen waren, diese aber auf Unterhaltung, Erziehung und Aussteuer die gewöhnlichen Ansprüche hatten[14]). In Folge des häufig eingeführten Theilrechts und der romanistischen Rechtsentwickelung ist aber die gesammte Hand mit dem Verfangenschaftsrecht nur ausnahmsweise beibehalten worden[15]), in der Regel ist an deren Stelle eine beschränkte Gütergemeinschaft getreten und der überlebende Ehegatte erhält nun außer seinem Eingebrachten das gemeine Gut oder einen bestimmten Antheil an demselben, auch wohl eine besondere statutarische Erbgebühr, außerdem aber an dem Erbtheile der Kinder den Beisitz, d. h. Nutzung und Verwaltung[16]). Dadurch wird eine gewisse Gemeinschaft auch nach Auf-

---

Corvey II. S. 86. — Deiters, die eheliche Gütergemeinschaft §. 87. — Preuß. Gesetz v. 16. Apr. 1860. §. 10 ff. — Peterssen, das eheliche Güterrecht in Osnabrück S. 170 ff. — und überhaupt Mittermaier, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft II. S. 337—40. — Wigand a. a. O. S. 90—96.

11) Runde, deutsches eheliches Güterrecht §. 114.

12) z. B. in Münster, s. Deiters a. a. O. §. 90.

13) Die Particularrechte erhalten hierüber manche, zum Theil abweichende Bestimmungen, s. Pauli a. a. O. S. 146 ff. — Lippesche Verordnung §. 19.

14) S. oben §. 119. Note 10.

15) Euler, Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 4 ff.

16) Frankf. Reformation Th. V. Tit. 1. §. 7. „Wann under den Eheleuten der Mann zuvor verstirbt, und Kinder nach sich im Leben verlest: daß alle und jede liegende Güter, und die darfür geacht werden, so von demselben darkommen, zusampt dem halben Theil der fahrenden Haab, den Kindern solcher Ehe, als Vätterlich Erbgut, Eigenthümlich zufallen und bleiben solle: doch der Mutter an solchem vätterlichen Theil ihren Beysitz vorbehalten." §. 8. „Deßgleichen soll es auch gehalten werden, wann die Fraw zuvorderst abstirbt." — Vgl. Souchay, Anmerkungen II. S. 875—76. Bei der großen Mannichfaltigkeit der späteren statutarischen Bestimmungen über das fränkische eheliche Güterrecht weichen die Vorschriften im Einzelnen sehr von einander ab; s. Euler, Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 36. 45. 48. 55. In der Grafschaft Mark, in Cleve und Elten findet eine Fortführung der während der Ehe geltenden Gemeinschaft und ein Beisitzrecht überhaupt nicht statt, s. v. Rönne, die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft S. 227 ff. — Sommer a. a. O. S. 322. Ueber andere Rechte, welche aus

lösung der Ehe gesichert, der überlebende Ehegatte muß aber auch die gewöhnlichen Pflichten der Eltern gegen die Kinder in der Were erfüllen[17]).

§. 132.
Die Abschichtung der Kinder.

Es ist schon bemerkt worden, daß die Kinder, wenn sie die Were der Eltern verlassen, eine Ausstattung oder Beihülfe mitzubekommen pflegen, welche auch in einer Abfindung von dem ganzen Erbe bestehen kann. Solche Auseinandersetzungen finden statt bei Lebzeiten beider Ehegatten und nach dem Tode des einen derselben; doch kommen im letzteren Fall manche besondere Verhältnisse zur Erwägung[1]).

I. Für die Ehe mit Gütervereinigung sind im Allgemeinen noch dieselben Grundsätze in Kraft, welche schon zur Zeit der Rechtsbücher galten. Wenn bei Lebzeiten der Eltern die Kinder ausgestattet (ausgeradet) werden, so hebt dies an sich ihr Erbrecht nicht auf, vorausgesetzt, daß sie nicht zugleich einen Erbverzicht ausgestellt haben; sie sind nur verpflichtet, falls sie mit den nicht abgesonderten Kindern erben wollen, das Empfangene einzuwerfen und zur Theilung zu bringen[2]). Eine solche Auseinandersetzung[3]), welche vor Gericht und unter Vermittlung der Verwandten vor sich zu gehen pflegt[4]), erfolgt in der Regel, wenn das Kind aus der Were scheidet, ohne daß die Großjährigkeit allein ein Recht darauf begründet[5]). Die Größe der Beihülfe beziehungs-

---

dem Systeme der Gütervereinigung heraus ein dem Beisitz verwandtes Institut des Nießbrauchs und der Verwaltung am Kindergut begründet haben, s. Phillips, die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft S. 236 ff. — Runde a. a. O. §. 12. — v. Roth, System II. §. 162.

17) S. die Zusammenstellung der Statuten bei Phillips a. a. O. S. 290 ff.

1) Pauli, Abhandlungen II. S. 158—215. — III. S. 88 ff. — Beseler, Lehre von den Erbvertr. II. 2. §. 28. — Merkel, Zeitschrift für Rechtsgeschichte II. S. 141. — Stobbe, Beiträge S. 40—44. 48.

2) Sächs. Landr. B. I. Art. 5. §. 1. 2. Art. 13. — Lehre von der Erbvertr. a. a. O. S. 310 ff. Die Verpflichtung zur Collation der Aussteuer und elterlichen Beihülfe gilt auch noch jetzt, s. das Erk. bei Seuffert XXV. Nr. 249.

3) Die für dieses Geschäft üblichen Ausdrücke sind sehr zahlreich: Abtheilung, Absonderung, Abschichtung, Abfindung, Aussteuerung, Ausrichtung, Ausradung, separatio s. divisio liberorum. Man pflegt wohl Absonderung (separatio) für die vollständige Abfindung der Kinder, Abtheilung (divisio) für ihre Befriedigung aus dem Nachlaß des verstorbenen Parens zu gebrauchen, s. Mevius ad jus Lub. lib. II. tit. 2. art. 33. nr. 1., doch hat sich in dieser Beziehung ein fester Sprachgebrauch nicht gebildet.

4) Sächs. Landr. B. II. Art. 19. §. 1. — Pauli a. a. O. II. S. 169. 191.

5) Abweichend ist das Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 159. (vgl. oben §. 116. Note 18.) und für den Fall, daß der überlebende Ehegatte mit den

weise der Abfindung, wird nach den Umständen bemessen. Nur wenn den Kindern bereits von dem verstorbenen Ehegatten ein Erbe angefallen ist, welches der überlebende in Nutzung und Verwaltung hat, muß es ihnen bei der Ausscheidung aus der Were herausgegeben werden[6]), es sei denn, daß das Recht des lebenslänglichen Beisitzes daran zusteht, in welchem Fall sich die Kinder mit der gewöhnlichen Ausstattung zu begnügen haben[7]).

II. Auch da, wo die eheliche Gütergemeinschaft sich ausgebildet hat, ist das frühere Recht der Abschichtung in seinen allgemeinen Grundzügen beibehalten worden, nur daß der Begriff des gemeinen Gutes, in welches das beiderseitige Vermögen der Ehegatten aufging, nothwendig dahin führte, die Absonderung der Kinder in Beziehung auf die Gesammtmasse vorzunehmen. Dabei macht sich denn in vielen Statuten die Regel geltend: was in der Were verstirbt, erbt wieder an die Were[8]), — wodurch in zwiefacher Hinsicht das Recht der abgefundenen Kinder bestimmt wird.

a. Die Abfindung wird zwar titulo speciali erworben und hat nicht die Natur eines Erbtheils[9]); aber sie tritt an die Stelle des Pflichttheils, so daß das Notherbenrecht des abgesonderten Kindes dadurch ausgeschlossen wird[10]).

b. Die abgefundenen Kinder werden von den nicht abgefundenen in der Beerbung ihrer Eltern ausgeschlossen, und beerben auch nicht mit

---

Kindern in der Gemeinschaft sitzt, das ältere Lübische Recht (Hach, cod. II.) Art. 20. Vgl. Pauli a. a. O. S. 159 ff.

[6]) Sächs. Landr. B. I. Art. 11. — Strippelmann, neue Sammlung V. S. 631 ff.

[7]) Trier. Landr. Tit. 6. §. 17. — Churköln. Rechtsordnung Tit. 8. §. 6. — Vgl Runde, deutsches eheliches Güterrecht §. 112.

[8]) Pauli a. a. O. III. S. 90 ff. — Baumeister, Hamburg. Privatrecht II. §. 101. — R. Freund, der Satz: Wer in der Were verstirbt, erbt wieder an die Were und seine Anwendung besonders im Lübischen Recht. J. D. Breslau 1880.

[9]) Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen II. Nr. 8. In der Regel wird übrigens die Größe der Abfindung nach dem zur Zeit ihrer Vornahme vorhandenen Vermögensbestande zu bestimmen sein; nur wo die fortgesetzte Gemeinschaft auf das zur Zeit der Ehe vorhandene Vermögen beschränkt ist (s. §. 131. Note 12.), ist die Schichtung ex tunc zu machen.

[10]) S. die bei Pauli a. a. O. II. S. 214. Note 257. angeführten Schriftsteller. Das Intestaterbrecht der abgefundenen Kinder als solches bleibt aber bestehen, und daher ist es nicht richtig, wenn man der Absonderung, mit der kein Erbverzicht verbunden ist, die Wirkung der Enterbung beilegt, wie Pufendorf, observatt. jur. III. obs. 10. und Mühlenbruch, Pandecten-Commentar Th. 38. S. 77. thun. Vgl. Beseler, Lehre von den Erbvertr. a. a. O. S. 325 ff.

den Eltern und den nicht abgefundenen Geschwistern die in der Were Verstorbenen; sie behalten aber anderen Verwandten gegenüber ihr gesetzliches Erbrecht, wenn sie auf dasselbe nicht bei der Absonderung ausdrücklich verzichtet haben[11]).

c. Einige Statute lassen die abgefundenen Kinder von den anderen abgefundenen beerben, indem letztere die Eltern und nicht abgefundenen Geschwister ausschließen[12]). Als Regel ist dies aber nicht aufzufassen, da unter den abgefundenen Kindern keine besondere Rechtsgemeinschaft besteht.

III. Wenn auch für gewöhnlich die Abschichtung der Kinder aus der Gemeinschaft, in welcher sie mit dem überlebenden Ehegatten sitzen, erst im Falle ihres Ausscheidens aus der Were erfolgt, und sich dann wegen des elterlichen Nießbrauchs häufig nur auf eine herkömmliche Ausstattung beschränkt; so findet doch aus zwei Gründen eine Ausnahme hiervon statt. Einmal nämlich ist es allgemein anerkannt, daß bei einer schlechten Wirthschaft des überlebenden Ehegatten das Interesse der Kinder nicht ohne Schutz und Vertretung bleiben darf. Sind die gemeinrechtlichen Voraussetzungen einer Prodigalitätserklärung vorhanden, so kann zu dieser geschritten und der Verschwender unter Curatel gestellt werden. Die Particulargesetze begnügen sich aber in der Regel nicht mit dieser Maaßregel, welche doch nur in seltenen Fällen zu begründen ist, sondern stellen den Grundsatz auf, daß der überlebende Ehegatte wegen schlechter Vermögensverwaltung, durch welche das Interesse der Kinder ernstlich gefährdet wird, zu einer vorzeitigen Abschichtung gezwungen werden kann[13]). — Der andere Fall, in welchem derselbe ebenfalls zur Vornahme des Geschäftes verpflichtet wird, liegt dann vor, wenn er eine zweite Ehe eingehen will; denn wenn diese auch nach deutscher Rechtsanschauung

---

11) Rev. Lüb. Recht B. II. Tit. 2. Art. 6. — Hamburg. Stadtr. Th. III. Tit. 3. Art. 2. — Schweizer Oeffnungen bei Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I. 463. — Berck, über das Bremische Güterrecht der Ehegatten S. 346—47. — Sommer, neues Archiv XI. S. 331. — Andrée II. in der Zeitschrift für deutsches Recht XIX. Nr. 10. — Peterssen a. a. O. S. 213 ff.

12) Rev. Lüb. Recht B. II. Tit. 2. Art. 7. — Hamburg. Stadtr. Th. III. Tit. 3. Art. 13. Vgl. Baumeister a. a. O. §. 102.

13) Die oben §. 131. Note 10. abgedruckte Stelle der Bremer Statuten v. 1433. Stat. 8. fährt also fort: „unde ne deit he des nicht. So scolen de radmanne mit sinen vrunden unde mit der kindere vrunde eme geven sinen del des erves unde des gudes. Dat andere solen se den kinderen truweliken holen." — Lippesche Verordnung v. 1786. §. 21. — Scherer, die verworrene Lehre I. §. 149. — Phillips, die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft S. 242 ff. — Runde a. a. O. §. 117.

im Allgemeinen nicht ungünstig beurtheilt wird, so erfordert es doch in der Regel das Interesse der Kinder erster Ehe, daß eine definitive Auseinandersetzung der Vermögensverhältnisse erfolgt[14]). Bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft läßt sich diese nur durch eine Absonderung der Kinder aus dem Gesammtgut erreichen; eine solche kann aber allerdings für den überlebenden Ehegatten eine Härte mit sich führen, und gereicht auch nicht immer den Kindern zum Vortheile. Daher hat man verschiedene Mittel angewandt, die Realtheilung (Todtheilung) zu vermeiden, und zu diesem Behuf theils das Institut der Einkindschaft eingeführt, theils die Feststellung und Sicherung des Antheils der Kinder durch den Ausspruch angeordnet, und die Kindergelder dann vor anderen Forderungen bevorzugt[15]). Eine solche Auseinandersetzung muß aber gerichtlich, unter Zuziehung von Vormündern, welche das Interesse der Kinder wahrnehmen, geschehen[16]).

---

14) Rev. Lüb. Recht B. II. Tit. 2. Art. 29. — — „Es mag auch kein Wittwer ein ander Weib nehmen, ohne seiner Kinder Freunde vorwissen, und seines gewesenen Weibes Freunden, und theile dann mit seinen Kindern und seines Weibes Freunden, nach dieser Stadt Rechte, so mag er alsdann zu der andern Ehe greiffen: Also sol auch ingleichen ein Wittfrau thun, wann sie zu der andern Ehe schreiten will." — Hamburg. Stadtr. Th. III. Tit. 3. Art. 4. 6. — Münster. Polizeiordnung Cap. VII. §. 16. 17. In Bremen ist die Abschichtung vor der zweiten Ehe unbedingt nur der Wittwe vorgeschrieben, s. Berck a. a. O. S. 336 ff. Vgl. überhaupt Phillips a. a. O. S. 252. — Runde a. a. O. §. 117. und über die Ausschließung der römischen s. g. poenae secundarum nuptiarum von diesen Verhältnissen §. 120.

15) Rev. Lüb. Recht B. II. Tit. 2. Art. 31. „Sitzen Mann und Weib mit einander in der Ehe, und ihr eins, es sey der Mann oder die Frau, zuvore Kinder hat, und denselben wäre Ausspruch geschehen, von ihres verstorbenen Vaters oder Mutter wegen, welcher Ausspruch ordentlicher Weise für dem Rahte nicht geschehen: stirbet dann der Mann, und die Frau ist mit ihm nicht beerbet, und Irrung sich erhübe, ob die Kinder mit ihrem Ausspruch, oder die Frau mit ihrem Brautschatz in des Mannes Gütern soll vorgezogen werden, so gehet die Frau mit ihrem Brautschatz vor den Kindern zuvor. — — Ist aber der Ausspruch ordentlicher weise aus seinen Gütern vor dem Raht geschehen, so gehet Kinder-Geld vor Brautschatz." — Hamburg. Stadtr. Th. III. Tit. 3. Art. 7. — Mevius ad jus Lub. lib. II. tit. 2. art. 2. nr. 184 sqq. — Pauli a. a. O. II. S. 193 ff. III. S. 120. In Lübeck wird übrigens nach der neueren Praxis der Ausspruch wegen zweiter Ehe in der Regel nur von dem Gute des verstorbenen Ehegatten gethan, — eine Scheidung des Gesammtgutes, welche der Natur des dortigen ehelichen Güterrechts wenig entspricht; s. Pauli a. a. O. S. 209 ff. Ueber das gegenwärtig in Lübeck geltende Recht s. das Gesetz v. 10. Febr. 1862. — Neubauer, das in Deutschland geltende eheliche Güterrecht S. 80. 81. — L. Plitt, das Lübeckische Erbrecht nach dem Gesetze v. 10. Febr. 1862. 2. Aufl. Wismar 1872. und das eheliche Güterrecht und das Erbrecht Lübecks. Wismar 1884.

16) Die zu diesem Acte zugezogenen Vormünder ersetzen den Familienrath des älteren Rechts, der jedoch zuweilen noch in der Zuziehung von Verwandten neben den Vormündern wirksam erscheint.

Bei der Abschichtung der Kinder aus dem Gesammtgut ist es aber unerläßlich, daß bestimmte Theile gemacht werden. Wenn diese schon in der ehelichen Gütergemeinschaft unterschieden werden, wie nach manchen Statuten der Fall ist, so giebt es für die Auftheilung einen bestimmten Anhalt. Kommen aber, wie als die Regel angenommen werden muß, keine ideelle Theile in der Gemeinschaft vor, so erscheint es als das natürliche und gewöhnlich befolgte Princip, daß die eine Hälfte des gemeinen Gutes dem überlebenden Ehegatten und die andere den Kindern zugesprochen wird. Doch fehlt es nicht an Abweichungen: ein wenn auch meistens nicht beträchtliches Voraus des Ehegatten ist sehr gebräuchlich; zuweilen bekommt der Vater einen größeren Antheil als die Mutter; zuweilen sind die Antheile nach der Zahl der Kinder verschieden bestimmt[17]).

§. 133.

Die Einkindschaft.

Da es für alle Theile wünschenswerth sein konnte, die bei der Wiederverheirathung des überlebenden Ehegatten nothwendige Abtheilung der Kinder aus der Were zu vermeiden, so suchte man das schon früh durch besondere Rechtsgeschäfte zu erreichen, zu welchem Behuf die wechselseitige Vergabung des Vermögens unter den Ehegatten angewandt wurde[1]). Im Kreise des fränkischen Rechts aber war zu einer solchen Aushülfe um so mehr Veranlassung gegeben, da nach Ausbildung der gesammten Hand, auch wenn kein Theilrecht eintrat, die Liegenschaften den Kindern erster Ehe verfangen waren, uud die Entfernung dieser Beschränkungen für die Begründung einer neuen Ehewirthschaft unter Umständen sehr wünschenswerth erscheinen mußte[2]). So entwickelte sich in diesen Gegenden das Institut der Einkindschaft (unio prolium), welches in dem fränkischen Stammesrecht und den für das eheliche Güterrecht ihm nachgebildeten Statuten z. B. dem württembergischen Landrechte seinen eigentlichen Sitz behalten hat, wenn es auch

[17]) Vgl. überhaupt Phillips a. a. O. S. 246 ff. — Sommer a. a. O. S. 317 ff.

[1]) Altes Lüb. Recht (Hach, Cod. II.) Art. 2. — Pauli, Abhandlungen II. S. 179—82. — Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. S. 7—13. II. 2. S. 150—51. Eine besondere Stellung nimmt die Interimswirthschaft auf Bauergütern ein, s. unten §. 195.

[2]) Euler, die Güter- und Erbrechte der Ehegatten in Frankfurt a. M. §. 12. — Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts II. 2. S. 263—72. II. 3. S. 388. Das Verfangenschaftsrecht mußte um so lästiger erscheinen, da es das Beispruchsrecht der nächsten Erben im erhöhten Maaße darstellte.

sonst noch hier und da Anwendung und in einem neueren Gesetzbuch sogar eine allgemeine Anerkennung gefunden hat [3]).

I. Ueber das Wesen der Einkindschaft haben von jeher verschiedene Ansichten unter den Juristen bestanden, was sich bei der verhältnißmäßig späten Ausbildung des Instituts und den oft unklaren und von einander abweichenden Vorschriften der zahlreichen Statuten leicht erklärt. Die ältere Theorie faßte die Einkindschaft als eine Art der Adoption auf [4]); aber wenn auch diese Ansicht nicht ohne Einfluß geblieben und besonders für die Form des Geschäftes maaßgebend geworden ist, so hat sie sich doch in der späteren Jurisprudenz, welche sich für die Darstellung des einheimischen Rechts nicht mit römischen Analogien begnügte, nicht erhalten können. Eben so wenig läßt es sich vertheidigen, wenn die Einkindschaft als ein Erbeinsetzungsvertrag, abgeschlossen zwischen den Eltern und den Kindern erster Ehe, dargestellt wird [5]). Denn theils spricht dagegen, daß die Kinder bei der Ab-

---

[3]) Nämlich im Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 717—52., wogegen das Oesterr. Gesetzb. §. 1259. in Uebereinstimmung mit älteren Statuten das Geschäft verbietet; s. Lehre von den Erbvertr. II. 2. S. 172. und über die räumliche Ausdehnung des Institutes ebendas. S. 169—70. — Euler a. a. O. §. 12. — v. d. Pfordten, Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Baiern herausgegeben von Seuffert und Glück IV. Nr. 15. S. 229. Daß, wie ich früher angenommen, das älteste urkundliche Beispiel einer abgeschlossenen Einkindschaft aus dem Jahre 1399. (s. Thomas, der Oberhof zu Frankfurt a. M. S. 466.) sei, ist freilich nicht richtig, aber über die erste Hälfte des 14. Jahrhunderts läßt sich das Geschäft nicht hinaufführen; a. M. sind Ringelmann, über die historische Ausbildung und rechtliche Natur der Einkindschaft (Würzburg 1825.) §. 4—6. — Gerber, de unione prolium (Jenae 1844.) p. 11—24. Wenn aus nicht fränkischen Gegenden zwei sehr frühe Fälle der Einkindschaft angeführt werden, aus Oesterreich v. J. 1275. (s. Schröder a. a. O. S. 215. Note 36.) und aus Wismar v. J. 1296. (s. Lörsch und Schröder, Urkunden 178. (155.), so würden sie sich wohl, wenn das Thatsächliche genau bekannt wäre, wie die Urkunde v. J. 1296. (s. Lehre von den Erbvertr. I. S. 8.) als Vergabungen von Todes wegen ausweisen.

[4]) A. Gaill, pract. observatt. II. obs. 125. — J. Fichard, cons. II. nr. 89. — Jac. Rickius ab Arweyler, de unione prolium (Col. Agripp. 1580.) cap. 7—9. — B. Carpzov, resp. jur. elect. V. 1. resp. 6. — J. Schilter, praxis jur. rom. I. ex. 3. §. 17.

[5]) D. Mevius ad jus Lub. p. II. tit. 1. rubr. nr. 113. — S. Stryk, tractatus de successione ab intestato diss. VIII. cap. 6. — W. G. Tafinger, über die Lehre von der Einkindschaft. Nürnberg 1785. — B. W. Paetz, commentatio successione universali per pactum promissa etc. (Gotting. 1801. 4.) Sect. II. §. 17. — Strombeck bei v. Kamptz, Jahrbücher XIII. S. 335 ff. — J. F. Runde, Grundsätze §. 673 ff. — Eichhorn, Einleitung §. 348. — Seuffert XIII. Nr. 108. XXII. Nr. 52. Das Reichsgericht (Entscheidungen VII. Nr. 43 ff. — Seuffert XXXVIII. Nr. 233.) nimmt gleichfalls einen Erbvertrag

schließung des Geschäfts in der Regel nicht als Contrahenten thätig sind, indem nur dafür gesorgt wird, daß ihr Interesse gehörig wahrgenommen werde; theils trifft diese Auffassung nicht für solche Statuten zu, welche die Wirkungen der Einkindschaft nicht auf das Erbrecht beschränken, und gestattet überhaupt nicht, das Geschäft in unmittelbare Beziehung zur Gütergemeinschaft zu bringen; theils endlich führt sie über den Zweck des Geschäftes hinaus, da sie den Kindern nicht blos ein gesetzliches, sondern auch ein vertragsmäßiges, unantastbares Erbrecht und zwar beiden Eltern gegenüber verschafft. Das Princip der Einkindschaft ist vielmehr darein zu setzen, daß zwischen den Kindern erster Ehe und dem Stiefparens ein solches Verhältniß begründet wird, wie es zwischen den natürlichen Eltern und Kindern besteht[6]). Während aber einige Particularrechte dies im weitesten Umfange gelten lassen und namentlich auch die väterliche Gewalt des Stiefvaters dadurch begründen lassen[7]), schließen andere gerade diese Wirkung aus und lassen nur eine elterliche Gewalt entstehen; noch andere und zwar die zahlreichsten beschränken die Wirkung des Geschäftes auf das Erbrecht, indem sie die unirten Kinder in den Nachlaß der gemachten Eltern wie natürliche erben lassen[8]). Dabei ist jedoch zu bemerken, daß der regelmäßige Zweck der Einkindschaft, die Vermeidung einer Abtheilung der Kinder erster Ehe, eben eine aus dieser herstammende Gütergemeinschaft oder doch Gütervereinigung voraussetzt, und daß eine solche auch für die zweite Ehe als geltend angenommen

aus, falls die Kinder der früheren Ehe einen ihnen zustehenden gegenwärtigen und realisirbaren Anspruch auf Ausscheidung und Ueberweisung eines bestimmten Vermögenstheils aufgeben. Dann würde das Geschäft für sie ein gewagtes und die Gefahr sich bedeutend erhöhen, wenn ihnen nicht ein vertragsmäßiges Erbrecht gesichert wäre. Allein dieser Umstand ist bei der nothwendigen causae cognitio in Betracht zu ziehen und bei der Feststellung eines Voraus zu berücksichtigen. Die Natur des Geschäftes, welches allen Kindern das gleiche Recht gewähren soll, kann durch eine solche Erwägung, welche außerhalb des Rechtsgebietes liegt, nicht bestimmt werden, — zumal wenn angenommen wird (s. v. Roth, System II. S. 310.), daß die Eltern den leiblichen Kindern gegenüber in der Testirfreiheit nicht über das Notherbrecht hinaus beschränkt werden.

[6]) A. F. Ringelmann, in der angef. Schrift. — Mittermaier, Grundsätze II. §. 369. — Phillips, Grundsätze II. §. 149. — Maurenbrecher, Lehrbuch §. 512 ff. — Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 2. §. 21. — Seuffert II. Nr. 67. V. Nr. 198. XV. Nr. 230. XVI. Nr. 56. XXIII. Nr. 232. XXV. Nr. 138. XXVI. Nr. 248.

[7]) Würzburg. Landesgerichtsordnung v. 1618. Th. III. Tit. 118. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 732—33. — Vgl. Kraut, die Vormundschaft II. S. 188. 696.

[8]) Hohenloh. Landr. Th. I. Tit. 6. §. 6. — Berck, über das Bremische Güterrecht der Ehegatten S. 428. Note 471. — Beseler, Lehre von den Erbvertr. a. a. O. S. 156 ff. 179.

werden muß. Das Recht der unirten Kinder wird daher in Betreff ihrer Vermögensverhältnisse in der Regel ein solches sein, wie es den Kindern in der Were zusteht, so daß sie auch, ehe es zur Beerbung der Eltern kommt, Unterhalt und Ausstattung verlangen können[9]).

II. Die Form der Einkindschaft ist im Allgemeinen nach dem Vorbilde der römischen Arrogation eingerichtet worden[10]). Nothwendig ist die Abschließung vor dem zuständigen Gerichte, welches unter Zuziehung von Vormündern und Verwandten zu untersuchen hat, ob das Geschäft dem Interesse der Kinder entspricht, und bei einem günstigen Ergebnisse der Voruntersuchung dasselbe durch ein Decret bestätigt. Die eigentlichen Contrahenten sind aber in der Regel die Eltern: die unmittelbare Betheiligung der Kinder an dem Vertrage und ihre ausdrückliche Zustimmung ist nur ausnahmsweise vorgeschrieben, und selbst die Vormünder und Verwandten haben mehr die Stellung des Familienrathes, indem ihr Ausspruch für die Entscheidung der Obrigkeit nicht unbedingt bindend ist.

III. Ob bei der Eingehung der neuen Ehe von beiden Ehegatten oder nur von dem Einen Kinder zugebracht werden, ist für die rechtliche Natur der Einkindschaft ohne Bedeutung; auch behält das Geschäft seine volle Wirkung, obgleich die neue Ehe unbeerbt bleibt[11]). Das Erbrecht der unirten Kinder ist aber das der natürlichen, also ein Notherbenrecht mit Pflichttheilsberechtigung, und zwar an dem gesammten Nachlaß der

---

[9]) Schweinfurt. Statut. Tit. 54. §. 1. 2. — Lippesche Verordnung v. 1786. §. 28. — Bremer Vormundschaftsordnung v. 1826. §. 10. — Ch. L. Hertel, die Einkindschaft (Gießen 1818.) §. 1. 8. — Hillebrand, das Rechtsprincip in der Lehre von der Einkindschaft, Zeitschrift für deutsches Recht X. Nr. 13. Wenn Hertel dabei die Sache so darstellt, daß der Stiefparens in die von der ersten Ehe herstammende Gemeinschaft aufgenommen wird, während Hillebrand die unirten Kinder in die neu begründete Gütergemeinschaft eintreten läßt; so werden sich wohl beide Auffassungen unter Umständen vertheidigen lassen, in der Regel wird aber doch die Stellung des Mannes als des Hauptes der Familie den Ausschlag geben und die durch ihn begründete Gemeinschaft die aufnehmende sein.

[10]) Das Verfahren ist zuerst genau festgestellt in dem Wormser Stadtr. v. 1498. B. V. Th. 5. Tit. 4., und von da in die Mainzer Untergerichtsordnung v. 1534. Th. V. Tit. 26. übergegangen. Dieses Statut wurde in seinen wesentlichen Bestimmungen das Vorbild der späteren Gesetzgebung und auch nach dem Vorgange des Reichskammergerichts in der gemeinrechtlichen Theorie als maaßgebend angesehen; s. A. Gaill, pract. observatt. II. obs. 125. nr. 7. — Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 2. S. 157 ff.

[11]) Seuffert II. Nr. 66. V. Nr. 190. VII. Nr. 188. XXIII. Nr. 38. (Kierulff, Sammlung III. S. 993.) Particularrechte haben indessen abweichende Bestimmungen, s. Württemberg. Landr. Th. III. Tit. 9. §. 8. — Frankf. Reform. Th. III. Tit. 10. §. 18.

Eltern[12]). Die Wirkungen der vertragsmäßigen Erbfolge, bei welcher der ganze ausbedungene Erbtheil gegen einseitige Verkürzung gesichert ist, sind nur da anzunehmen, wo das Gesetz sie ausdrücklich vorschreibt[13]). — Auch geht das Erbrecht der unirten Kinder allein auf den Nachlaß der Eltern; unter einander haben sie ein solches vermöge der Einkindschaft nicht, und auch dem Stiefparens steht es ihnen gegenüber nur insoweit zu, als die Regel: was in der Were verstirbt, erbt wieder an die Were, ihren Einfluß äußert[14]). Doch haben Particularrechte die Wirkung der Einkindschaft häufig weiter ausgedehnt und auch den Eltern ein gleiches Erbrecht wie den Kindern beigelegt[15]).

IV. Bei Abschließung des Geschäftes können besondere Verabredungen getroffen werden, welche, insoweit sie nicht über den Kreis der erlaubten Privatwillkühr hinausgehen, aufrecht zu erhalten sind[16]). Insbesondere ist es gebräuchlich, den Kindern erster Ehe, um sie bei ungleichen Vermögensverhältnissen der Ehegatten vor einer Benachtheiligung sicher zu stellen, ein Voraus (praecipuum) auszubedingen, welches ihnen dann als Sondergut in der Gemeinschaft verbleibt und bei der späteren Erbtheilung vorabgezogen wird[17]). — In Ermangelung

---

12) J. Fichard, cons. I. Nr. 14. II. Nr. 89. — Mevius ad jus Lub. p. II. tit. 1. rubr. nr. 114—16. — Gries, Commentar zum Hamb. Stadtr. II. S. 255 ff. — Seuffert II. Nr. 67. Vgl. Beseler, Lehre von den Erbvertr. II. 2. S. 187. 88., wo die entgegengesetzte Ansicht, die sich aber nicht aufrecht halten läßt, vertheidigt ist.

13) So im Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 747. nach dem Vorgange von Pufendorf, observatt. jur. I. obs. 200. §. 1. 2. 48 ff., wogegen a. a. O. §. 749. die Enterbung aus gerechten Ursachen gestattet wird; die Lippesche Verordnung v. 1786. §. 29. Nr. 2. ist in dieser Beziehung consequenter. S. im Allgemeinen Beseler, die Lehre von den Erbvertr. a. a. O. S. 184—88.

14) Württemb. Landr. Th. III. Tit. 9. §. 10. — Hohenloh. Landr. Th. I. Tit. 6. §. 6. 7. — Eichhorn, Einleitung §. 348. Note m. — Hillebrand a. a. O. S. 431.

15) Frankf. Reform. Th. III. Tit. 10. §. 21. — Mainz. Landr. Tit. 2. §. 18. — Pr. A. L. R. a. a. O. §. 743.

16) Vgl. Beseler, die Lehre von den Erbvertr. II. 2. S. 180 ff.

17) Seuffert XV. Nr. 29. Die Verabredung kann freilich auch allein auf die Ausgleichung der Erbschaftsantheile der unirten Kinder gehen, ohne daß an die Bestellung eines sofort wirksamen Vermögensrechtes gedacht wird. Vgl. überhaupt Danz, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts VIII. S. 219—29. Die Gesetze erwähnen des Vorauses meistens nur gelegentlich, ohne sich über die Natur desselben, die zunächst nach dem besonderen Vertrage zu ermessen ist, näher zu äußern; eigenthümlich sind die Bestimmungen des Pr. A. L. R.'s a. a. O. §. 725. „Jedes der Aeltern, welches schon vorhandene Kinder in die Einkindschaft bringt, muß denselben aus seinem alsdann besitzenden Vermögen eine gewisse Summe, auf seinen künftigen Todesfall zum Voraus bescheiden. §. 726. Dieser Aussatz muß wenigstens die Hälfte des Vermögens betragen, welches von den aus-

besonderer Verabredungen entscheiden die gesetzlichen Regeln, welche für das Geschäft selbst und für die Gütergemeinschaft, auf welche es sich bezieht, gelten.

V. Wenn auch die vertragsmäßige Eingehung einer Gütergemeinschaft unter Ehegatten nach einem allgemeinen Gewohnheitsrechte zulässig erscheint, so berechtigt dies doch nicht zu dem Schlusse, daß auch die Einkindschaft, durch welche die wohlerworbenen Rechte schon vorhandener Kinder verändert werden, dem gemeinen unbedingt subsidiarischen Rechte angehört. Das Institut ist vielmehr dem subsidiarischen Rechte beizuzählen und kann nur da zur Anwendung kommen, wo es durch Landesgesetz oder Gewohnheit Anerkennung gefunden hat [18]).

Zweites Kapitel.

Die Vormundschaft.

§. 134.

Die Altersvormundschaft*).

Wenn der Hausvater nach seinem Tode Kinder hinterließ, welche sich noch nicht selbst vertreten konnten, so wurde, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren gekommen waren, das Mundium über sie durch eine andere Person fortgesetzt, welche in der Regel der nächste Schwertmagen war, und ahd. Foramunto, Muntporo hieß [1]). Auch diese Seite der Familienge-

setzenden Aeltern in die Ehe gebracht wird. §. 727. Wegen Bestimmung der Summe dieses Aussatzes muß der Richter bei der pflichtmäßigen Angabe der Aeltern sich beruhigen, und kann dieselben zur Offenlegung ihres Vermögenszustandes nicht anhalten."

[18]) S. oben §. 2. — Beseler, Lehre von den Erbvertr. a. a. O. S. 188—92. — Souchay, Anmerkungen zu der Frankfurt. Reformation II S. 711—12. A. M. ist aus nicht zutreffenden Gründen Roth, Bayr. Civilrecht I. §. 93. Note 5. Die Entscheidung der Frage hängt von der Annahme oder Nichtannahme eines gemeinen bedingt subsidiarischen Rechts ab.

*) Nachdem die Geschlechtsvormundschaft über unverheirathete großjährige Frauen, welche meistens, wo sie sich noch erhalten hatte, zu einer äußeren Förmlichkeit heruntergesunken war, durch die neuere Gesetzgebung ganz beseitigt worden ist (zuletzt durch die P. O. vom 9. Juni 1875. für die Stadt Wismar, s. v. Roth, System I. 3. 62. Note 6.) gehört das Institut nur noch der Rechtsgeschichte an und bleibt hier unerörtert. Ueber die Vormundschaft des Ehemanns s. oben §. 122.

[1]) Ueber die verschiedenen Benennungen der Vormünder s. Grimm, R. A. S. 465. — Kraut, die Vormundschaft I. S. 2 ff. — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 52. — — „Der kinde unde der frowen pfleger, die etwâ sicherboten, etwâ pfleger, etwâ voget, etwâ vormund, etwâ behalter: swie man sie heizet, sô sullen sie getriuwe liute sîn."

walt hat in dem älteren deutschen Rechte ihre systematische Ausbildung erhalten; nach der Aufnahme des römischen Rechts ist das letztere jedoch im Allgemeinen die Grundlage der Lehre geworden: es bestehen nur einzelne, freilich sehr wichtige Abweichungen von demselben, welche theils mit altgermanischen Einrichtungen zusammenhangen und bereits in der Reichsgesetzgebung zum Ausdruck gelangt sind, theils der modernen Rechtsentwickelung angehören[2]).

I. Das unmündige Alter. Die frühen Mündigkeitstermine des älteren Rechts haben sich schon im späteren Mittelalter verloren, und nur im Rechte des hohen Adels trat die Volljährigkeit regelmäßig mit dem vollendeten achtzehnten Lebensjahre, particularrechtlich aber überhaupt mit dem vollendeten einundzwanzigsten oder vierundzwanzigsten ein. Jetzt beginnt die Großjährigkeit mit dem vollendeten einundzwanzigsten Lebensjahre[3]).

II. Tutela und cura. Die Unterscheidung, welche das römische Recht zwischen impuberes und minores macht, und der damit in Verbindung stehende Gegensatz von tutela und cura haben auch auf einzelne deutsche Rechtsquellen einen Einfluß ausgeübt[4]). Doch widersprach eine solche Neuerung dem Wesen der deutschen Vormundschaft, welche, mit Ausnahme der im sächsischen Recht hervortretenden Episode, während der ganzen Dauer des unmündigen Alters in gleicher Weise wirksam war, indem sich nur der natürliche Abstand zwischen Kindern und Erwachsenen bei den verschiedenen Altersstufen des Mündels thatsächlich geltend machte. Jene Aneignung der römischen Einrichtungen hat daher auch nur vereinzelt stattgefunden; im Allgemeinen ist die deutsche Rechtsanschauung vorherrschend geblieben. Mit Unmündigkeit und Minderjährigkeit werden keine verschiedenen Rechtszustände bezeichnet, und wenn auch die Fähigkeit zur Vornahme gewisser rechtlicher Handlungen: Eingehung einer Ehe, Testamentserrichtung, Eidesleistung, schon vor der erlangten Großjährigkeit einzutreten pflegt, so sind doch dafür die Termine der römischen Pubertät in der Regel nicht maaßgebend, sondern

---

2) Unter den für die Vormundschaftslehre wichtigen neueren Gesetzen sind besonders anzuführen: Reichspolizeiordnung von 1548. Tit. 31. und von 1577. Tit. 32. — Chursächs. allgem. Vormundschaftsordnung v. 10. Oct. 1782. — Preuß. Vormundschaftsordnung v. 5. Juli 1875. (für den ganzen Umfang der Monarchie.) — Oesterr. Gesetzb. §. 187. 284. — Sächs. Gesetzb. §. 1875—1998. Vgl. überhaupt Rudorff, das Recht der Vormundschaft I. Einleitung p. XII—XXII. — v. Roth, System II. §. 179.

3) S. oben §. 59. Note 5—15.

4) Schwäb. Landr. Cap. 52. 54. — Solms. Landr. Tit. 21. §. 29. — Frankfurt. Reformation Th. VII. Tit. 3. §. 9. — Tit. 8. §. 1. Vgl. jedoch Souchay, Anmerkungen II. S. 1158.

ein gewisses festgestelltes Alter oder die stattgehabte Confirmation entscheidend. Das Amt des Vormundes dauert bis zur Großjährigkeit des Mündels, ohne daß bei eingetretener Pubertät ein Wechsel in der Person stattfindet; die Unterscheidung zwischen auctoritatis interpositio und consensus haben keine Bedeutung mehr, und die allgemeinen Grundsätze über die freie Stellvertretung in Rechtsgeschäften finden ihre Anwendung, indem das vormundschaftliche Amt die Wirkung einer besonderen Vollmacht hat[5]).

III. Die Obervormundschaft. Das ältere deutsche Recht legte neben dem Familienrathe auch der Obrigkeit die Verpflichtung auf, von den Vormundschaften Kenntniß zu nehmen und eine gewisse Aufsicht über sie auszuüben, was später zu der Ausbildung einer regelmäßig wirksamen Obervormundschaft geführt hat[6]). Dadurch ist oft eine übermäßig gesteigerte Einwirkung der Staatsbehörden auf das Vormund-

---

[5]) Die R. P. O. v. 1577. Tit. 32. §. 1. führt zwar Pupillen und Minderjährige neben einander auf, spricht aber allgemein von „Pflegkindern" und deren „Vormündern", und verordnet am Schluß: „daß den Pupillen und minderjährigen Kindern, jederzeit, biß sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher — — gegeben werden." Die neueren Gesetze und Vormundschaftsordnungen haben meines Wissens ohne Ausnahme jene römische Unterscheidung ausdrücklich oder stillschweigend beseitigt und nur Eine Altersvormundschaft mit gleicher Wirkung für deren Dauer angenommen, s. z. B. Baier. Landr. Th. I. Cap. 7. §. 36. „Minderjährige Personen werden 1 mo nach gemeinen Rechten genannt, welche das fünf und zwanzigste, oder nach Bayrischen, und hiefür auch Oberpfälzischen Rechten das ein und zwanzigste Jahr noch nicht völlig erfüllt haben; es sind dieselben 2 do den Pupillen und unvogtbaren Personen in allen obbenannten Stücken — durchgehends gleichgeschätzt, und ist mithin auch zwischen gegenwärtiger Curatel und Tutel überhaupt kein Unterschied." Vgl. Rudorff, das Recht der Vormundschaft I. S. 113 ff. — Kraut, die Vormundschaft II. §. 52. — v. Savigny, verm. Schriften II. S. 392—95. — P. Roth und V. v. Meibom, churhess. Privatrecht I. §. 153. — Roth, Bayr. Civilrecht I. §. 121. A. M. ist Glück, Commentar XXX. S. 464., mit welchem Rudorff a. a. O. II. S. 291. insofern übereinstimmt, als er für die Handlungsfähigkeit der Impuberes und Minores das römische Recht noch maaßgebend sein läßt.

[6]) Kraut a. a. O. I. §. 9. 10. II. S. 95. Sowohl der deutsche Familienrath, welchen das französische Recht (Code civ. art. 405—16.) sorgfältig ausgebildet hat, als auch der römische tutor honorarius sind durch die moderne Obervormundschaft fast ganz beseitigt worden. Das preußische Gesetz v. 5. Juli 1875. §. 71—80. hat jedoch mit Rücksicht auf die Rheinprovinz die Einsetzung eines Familienraths freigelassen und Näheres darüber festgestellt, s. Dernburg, das Vormundschaftsrecht der preußischen Monarchie (Berlin 1875.) S. 50 ff. Die Tendenz des Gesetzes ist im Allgemeinen darauf gerichtet, dem Vormunde eine freiere Bewegung zu gestatten, und andererseits durch die Bestellung des Gegenvormundes und die Errichtung der Waisenräthe neben der Obervormundschaft die Controlle zu verstärken.

schaftswesen hervorgerufen, und in der guten Absicht, das Interesse der Mündel möglichst zu schützen, die Natur der ganzen Einrichtung wesentlich verändert worden. Der Einfluß der Familie ist zurückgedrängt und durch die Häufung formeller Garantien eine äußerliche Rechtssicherheit angestrebt worden, welche die freie Wirksamkeit der Vormünder ungebührlich beschränkt und ein Institut des Vertrauens zu einer gewöhnlichen, ängstlich überwachten Geschäftsführung heruntergedrückt hat. — Die obervormundschaftliche Behörde selbst haftet aber wegen Versehen, deren sie sich bei Bestellung der Vormünder und innerhalb der ihr ihr überwiesenen Geschäftsführung schuldig gemacht hat[7]).

IV. Berufung und Bestätigung der Vormünder. Wenn die Quellen des einheimischen Rechts außer den geborenen Vormündern in gewissen Fällen auch gekorene zulassen, so sind unter den letzteren solche zu verstehen, welche sich der Mündel selbst ausnahmsweise wählen kann, oder welche die Obrigkeit bestellt. Eine Ernennung der Vormünder durch den Vater für den Fall seines Todes fand nicht statt; das würde dem allgemeinen Grundsatze des deutschen Rechts widersprochen haben, daß niemand über seinen Tod hinaus Verfügungen treffen kann, welche von diesem Zeitpunkte an erst wirksam werden sollen[8]). Nach heutigem Rechte ist dies anders. Die Gründe, aus denen jemand zur Vormundschaft berufen wird, sind die des römischen Rechts; nur wird bei der letztwilligen Ernennung, welche in der Regel auch der überlebenden Mutter zusteht, auf die strenge Testamentsform keine Rücksicht genommen[9]). Außerdem kommt im neueren Rechte noch eine vertragsmäßige Vor-

---

7) Dagegen befreit die Belehrung, welche die Obervormundschaft auf Anfrage des Vormundes über ein dessen Entscheidung überwiesenes Geschäft, wenn auch in der Form der Genehmigung ertheilt, den letzteren nicht von der eigenen Verantwortlichkeit; s. Rudorff a. a. O. III. S. 171. — Kraut a. a. O. II. S. 96. — Strippelmann, neue Sammlung V. S. 177. — Seuffert II. Nr. 198. XXX. Nr. 148.

8) Schöffenurtheil in (Böhme's) diplom. Beiträgen zur Untersuchung der Schlesischen Rechte und Geschichte VI. S. 135. „Keyn man mag seynen kindirn vormundin kysin bey seynem leybe, wenne das mag keyne vormuntschaft nicht geseyn, ee die mundeschaft gefelleth." Vgl. unten §. 136. Die bei Kraut, Grundriß §. 191. Nr. 19—21. abgedruckten abweichenden Quellenzeugnisse lassen sich wohl auf eine Einwirkung des römischen Rechts zurückführen.

9) R. P. O. a. a. O. §. 1. — „Vormünder oder Vorsteher, da die ihnen von ihren Eltern in Testamenten, oder letzten Willen nit verordnet." — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 18. §. 174. — Rudorff a. a. O. I. S. 334. A. M. ist in Betreff der Bestellung durch die Mutter Kraut a. a. O. I. S. 259 ff. Das Erforderniß der obrigkeitlichen Bestätigung läßt dies Recht überhaupt als weniger bedeutend erscheinen.

mundschaft (tutela pactitia s. conventionalis) vor[10]). Insofern aber unter derselben die in Familienverträgen autonomisch geordnete Vormundschaft des hohen Adels verstanden wird, ist die Bezeichnung unpassend gewählt, weil die Familienverträge nicht nach der Art der gewöhnlichen Privatwillkühr über einen einzelnen Fall verfügen, sondern wie andere Statuten Gesetzeskraft haben[11]). Eine andere Auffassung, welche allgemein durch den Vertrag die Vormundschaft begründet werden läßt, und also die vertragsmäßige Bestellung derselben der testamentarischen gleichstellt, kommt wieder in einer zwiefachen Wendung vor. Entweder wird angenommen, den Eltern stehe das Recht zu, in der Form eines Vertrags ihren Willen über die Person des künftigen Vormundes ihrer Kinder auszudrücken, — was in mehreren neueren Gesetzen für zulässig erklärt wird[12]), wenn auch ein gemeines Gewohnheitsrecht wohl kaum dafür anzunehmen ist, und ohne besondere gesetzliche Anordnung nur die Berücksichtigung einer solchen Person bei der Vormundschaftsbestellung durch den Richter billig erscheint. Oder die vertragsmäßige Bestellung wird nach Analogie des Erbeinsetzungsvertrags behandelt und dem ernannten Vormunde aus dem Vertrage ein wohlerworbenes Recht auf die Tutel eingeräumt. Diese Auffassung widerstreitet dem Wesen des Institutes und findet auch nicht einmal in der deutschen Particulargesetzgebung eine Stütze[13]).

---

[10]) Als der Begründer der Lehre von der vertragsmäßigen Vormundschaft ist S. Stryke, usus mod. pand. lib. XXVI. tit. 1. §. 14. anzusehen; vgl. überhaupt Kraut a. a. O. I. §. 28., der aber selbst der Analogie des Erbvertrages ein im deutschen Gewohnheitsrechte nicht begründetes Gewicht beilegt. Denn wenn das Gewohnheitsrecht den Erbvertrag anerkennt und dem Vertragserben daraus ein wohlerworbenes Recht giebt, so beweist dies noch die Zulässigkeit der entsprechenden Bestellung eines Vormundes.

[11]) Vgl. unten §. 175.

[12]) Baier. Landr. Th. I. Cap. 7. §. 5. Nr. 7. — Chursächs. Vormundschaftsordnung v. 1782. Cap. 4. §. 1. 3. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 18. §. 176. — Pr. V. v. 5. Juli 1875. §. 17. Nr. 2. — Lübeck. Vorm. O. v. 1820. §. 11. — Brem. Vorm. O. v. 1826. §. 15.

[13]) Denn dem Mündel soll ein Vormund, nicht aber diesem ein Mündel gesichert werden. In den so eben angeführten Gesetzen wird die vertragsmäßige Ernennung des Vormundes nur der testamentarischen gleichgestellt und die Chursächs. Vorm. O. a. a. O. §. 2. verfügt ausdrücklich: „Wenn aber nach der Zeit ein Vater erhebliche Ursache fände, von den Ehe-Verträgen abzugehen, und einen andern zum Vormunde zu ernennen, oder sich auch sonst Umstände äußerten, weswegen es bey der in der Ehestiftung genommenen Abrede nicht füglich zu lassen wäre; so kann der Richter statt des in den Ehe-Verträgen benannten, denjenigen, welchen der Vater nachher verordnet hat, oder einen von den nächsten Anverwandten, oder sonst eine tüchtige Person, zum Vormunde bestätigen, oder auch dem in den Ehe-Verträgen benannten als Mit-Vormund beysetzen." — v. Roth,

Die Berufung zur Vormundschaft durch Gesetz oder Privatwillen genügt aber nach heutigem Rechte nicht zur vollgültigen Uebertragung des Amtes; es muß noch die obrigkeitliche Bestätigung (confirmatio juris germanici) hinzukommen. Diese wird auf Grund einer voraufgegangenen Voruntersuchung durch eine schriftliche Bestallung (tutorium, curatorium) ertheilt; bis das geschehen, muß der berufene Vormund sich der Amtsführung enthalten[14]). Dadurch ist zwar nicht jede andere Vormundschaft an sich in eine Dativtutel umgeändert worden; aber der Zweck der Ein-Einrichtung ist doch darauf gerichtet, die Obervormundschaft zu ermächtigen, daß sie die Qualification des berufenen Vormundes prüfe, und wenn das Interesse des Mündels es erheischt, ihm die Bestätigung versage und für die angemessene Ersetzung durch eine andere Person Sorge trage[15]).

V. Sicherheitsstellung. Mit besonderer Sorgfalt ist die neuere Gesetzgebung darauf bedacht gewesen, den Mündel vor einer nachlässigen oder betrügerischen Amtsführung des Vormundes sicher stellen, und hat zu diesem Behuf verschiedene vorbeugende Maaßregeln allgemein angeordnet[16]). Während nämlich die Versiegelung durch die Obervormundschaft und im Nothfalle durch das nächste zuständige Gericht veranlaßt wird[17]), hat der Vormund selbst für die Anfertigung eines In-

---

System II. §. 185. Note 23. und Stobbe, Handbuch IV. §. 270. Note 21. verwechseln die vertragsmäßige Bestellung eines Vormundes durch die Eltern mit dem Vertrag, welche mit dem Vormund wegen Uebernahme der Tutel geschlossen wird.

14) R. P. O. v. 1577. Tit. 32. §. 1. „Wann aber nun den Obrigkeiten zustehet, in dem gebürlich und billich Einsehens haben, damit die Pupillen und minderjährigen Kinder unbetrogen und unvernachtheilt bleiben: So wollen wir — verordnen — —. §. 2. Daß ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testaments weiß verordnet, oder durch das Recht, oder Richter gegeben, sich der Vormundschafft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sey ihme dann zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen."

15) Die Motive der reichsgesetzlichen Vorschrift und die Erwähnung des Decrets weisen auf die Voruntersuchung und das Recht der Obrigkeit hin, die Bestätigung zu verweigern, wenn auch ausdrücklich nichts davon gesagt ist. Dies wird jetzt auch allgemein angenommen, s. Glück, Commentar XXIX. S. 305 ff. — Rudorff a. a. O. II. S. 211 ff. — Kraut a. a. O. I. S. 235 ff. Ueber die Gründe der Ablehnung einer übertragenen Vormundschaft nach heutigem Rechte s. v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen III. Nr. 3. — Glück a. a. O. XXX. S. 231. — XXXII. S. 58. 109. 142. — Kraut a. a. O. I. S. 228. 242. 254.

16) R. P. O. a. a. O. §. 3. „Item daß er nach befohlener Verwaltung, von allen Gütern, liegend und fahrend, Schulden-Brieff und Registern, ein Inventarium auffrichte, und rechtmäßige gnugsame Caution und Versicherung thue, auch mit Gelübden und Eyden beladen werde, daß er seinen Pflegkindern, und ihren Gütern, getreulich und erbarlich vorseyn, ihre Personen und Güter versehen, und verwahren."

17) Rudorff a. a. O. II. S. 242.

ventars zu sorgen[18]), muß ein eidliches Gelübde der treuen Geschäftsführung leisten[19]), und durch Bürgschaft oder durch Pfand eine dem Umfange der Vermögensverwaltung entsprechende Sicherheit bestellen[20]).

VI. Amtsführung. Diese findet unter der Aufsicht der Obervormundschaft statt und ist besonders in Betreff der Vermögensverwaltung sehr beschränkenden Bestimmungen unterworfen[21]), wenn auch die römischen Vorschriften über Geldanlagen nicht mehr zur Anwendung kommen[22]). Von besonderer Wichtigkeit ist die Verpflichtung zur jährlichen Rechnungslegung[23]), welche in Verbindung mit der regelmäßigen Ueberwachung durch die Obrigkeit, bei der Denunciationen angebracht werden können, der römischen Popularklage ihre Bedeutung für das heutige Recht entzogen hat[24]).

VII. Honorar. Daß mit der Altersvormundschaft nach älterem deutschen Rechte der Fruchtgenuß an den Mündelgütern verbunden ge-

---

18) Glück a. a. O. XXX. S. 184 ff. — Rudorff a. a. O. S 243 ff. — Kraut a. a. O. II. S. 119.

19) Statt des Eides geschieht die Verpflichtung des Vormundes jetzt gewöhnlich mittelst eines Handgelübdes, s. Glück a. a. O. S. 161. — Rudorff a. a. O. S. 231. — Kraut a. a. O. S. 119.

20) Glück a. a. O. S. 180 ff. — Kraut a. a. O. S. 42. 122 ff. Neuere Gesetze haben die Verpflichtung der Sicherheitsstellung wesentlich modificirt und zum Theil ganz erlassen, s. Rudorff a. a. O. S. 219. — Kraut a. a. O. S. 123—24.

21) Die Note 16. angeführte Stelle der R. P. O. lautet weiter: „Die Güter nicht in seinen eigenen Nutzen kehren oder wenden, noch dieselbigen ohn Vorwissen Erkantnuß und Decret der Obrigkeit veräußern, verpfänden, oder beschwehren, und jährlich nit allein auf Erforderung der Obrigkeit, sondern auch selbst, vermög seines anbefohlnen Ampts, auch geleister Pflicht und Eyds, gebührlich Rechenschafft anbieten und thun, umb sein Verwaltung Rede und Antwort geben, und alles anders handeln, das einem getreuen Vormünder eignet, und zustehet, alles bey Vermeidung der Straff gemeiner Recht, indeme dann alle und jede Obrigkeiten, vermög göttlicher, und unserer kayserlichen Gebott sonder fleißiges Auffsehens zu thun, aus tragendem Ampt, sich schuldig erkennen, und darumb keines Vormünders Fahrlässigkeit, noch weniger Vervortheilung bey seinem Pflegkind, oder dessen Güter ungestrafft hingehen lassen sollen."

22) Rudorff a. a. O. II. S. 367. — Kraut a. a. O. II. S. 136 ff. — Strippelmann, neue Sammlung V. Nr. 10.

23) Im älteren deutschen Rechte war die Rechnungslegung zunächst im Interesse der Erben des Kindes vorgeschrieben, s. Sächs. Landr. B. I. Art. 23. §. 2. Vgl. überhaupt Kraut a. a. O. II. S. 48 ff. und über einzelne particularrechtliche Abweichungen des heutigen Rechts S. 152 ff.

24) Nach deutschem Rechte wurde der treulose Vormund (ahd. Palomonto) von dem Richter gebalemundet, d. h. der Vormundschaft für unwürdig erklärt, s. Sächs. Landr. B. I. Art. 41. — Grimm, R. A. S. 466. — Kraut a. a. O. I. S. 397 ff.

wesen sei (tutela usufructuaria), läßt sich wenigstens nicht allgemein für alle Stammesrechte annehmen[25]); jedenfalls ist diese Einrichtung schon früh außer Uebung gekommen. Ueber die Belohnung der Vormünder für ihre Mühwaltung haben jetzt die Regeln des römischen Rechts gemeinrechtliche Geltung erhalten; doch wird in den Particularrechten ein Anspruch auf ein Honorar häufig anerkannt, dasselbe auch zuweilen nach Procenten von dem Ertrage der Mündelgüter bestimmt[26]).

VIII. Beendigung der Vormundschaft. Die Vormundschaft hört mit dem Eintritt der Volljährigkeit der Mündels, beziehungsweise der Jahrgebung (venia aetatis)[27]) auf; auch durch die Verheirathung des Mündels wird sie wie die väterliche Gewalt aufgehoben, wenn nicht particularrechtliche Bestimmungen entgegenstehen[28]).

§. 135.

Die Vormundschaft über Verschollene.

Während das ältere deutsche Recht die Vormundschaft über wahnsinnige und gebrechliche Personen schon allgemein ausgebildet hatte[1]), finden sich von einer im Interesse der Familie getroffenen Vorsorge gegen Verschwender nur vereinzelte Andeutungen[2]), was sich vielleicht daraus er-

---

[25]) Die entgegengesetzten Ansichten über diese Streitfrage sind in neuerer Zeit besonders von A. O. Krug, de tutela usufructuaria jure Germanico communi reprobata. Lips. 1837. und Kraut, die Vormundschaft II. §. 49. vertreten worden. Vgl. Rive, Geschichte der Vormundschaft I. S. 199.

[26]) Rudorff a. a. O. III. S. 132. — Kraut a. a. O. §. 58.

[27]) Glück, Commentar XXXI. S. 149 ff. — Rudorff a. a. O. III. S. 221 ff. — Kraut a. a. O. S. 86 ff. 168 ff.

[28]) Vgl. oben §. 122 a. E. — Rudorff a. a. O. S. 248. — Kraut a. a. O. S. 89 ff. 172 ff.

[1]) Sächs. Landr. B. I. Art. 4. „Uppe altvile (Zwitter) unde uppe dverge ne irstirft weder len noch erve, noch uppe kropelkint. Sve denne de erven sint unde ire nesten mage, de solen se halten in irer plage. — — B. III. Art. 3. — — Over rechten doren unde over sinnelosen man ne sal man ok nicht richten; sweme sie aber scaden, ire vormünde sal it gelden." (Doch wohl mit des Wahnsinnigen Vermögen? s. die folgende Stelle des Schwabenspiegels.) — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 314. „Ueber einen rehten toren unde über einen sinne lôsen man sol man ouch nit rihten. Swem si aber schaden tuont, daz sol ir vormunt büezen, ob si in (al. guot) habent. unde habent si niht guotes, so sint si ledic. — — Unde ist ein mensche also unsinnic, daz ez tobet, man sol ez binden unde în sliezen. Daz sullen sîne vriunde tuon, oder der rihter. unde hât ez der nôtdürfte niht, die sullen im sîn nächsten mâge oder der rihter geben."

[2]) Hamb. Stadtr. v. 1270. III. Art. 7. „So wanne gud uppe kindere ervet, unde is der kindere welk de ereme dinge unrechte doet, unde it deme rade witlik were, dat kint ne schal sines gudes nicht weldich sin al wente in de tid,

klärt, daß das Beispruchsrecht der nächsten Erben in dieser Beziehung einen nicht unerheblichen Schutz gewährte. Die Grundsätze jedoch, welche das römische Recht über die cura prodigi aufstellt, mußten in mancher Beziehung weit wirksamer erscheinen, so daß sich deren früh erfolgte Aufnahme in Deutschland leicht erklärt; zugleich enthielt es auch zum Schutze der Wahnsinnigen und Gebrechlichen solche Einrichtungen, welche mit denen des einheimischen Rechts in wesentlichen Punkten zusammentrafen, und sich der deutschen Praxis bequem aneignen ließen. So gelangte das römische Recht in diesen Lehren früh zur Anwendung[3]) und ist auch die gemeinrechtliche Quelle für dieselben geblieben, indem nur einige allgemeine Grundsätze des modernen Vormundschaftsrechts und die genauere Ausführung der Institute in neueren Gesetzen einzelne Abweichungen herbeigeführt haben[4]).

Es giebt jedoch noch eine Art der Vormundschaft, welche an diesem Orte einer genaueren Erörterung bedarf, weil dieselbe auf eine eigenthümlich deutsche Rechtsbildung zurückgeführt werden muß, — nämlich die Vormundschaft über Abwesende. Insofern darunter freilich die gewöhnliche Vermögenscuratel verstanden wird, welche das römische Recht für Abwesende, die keinen Vertreter zurückgelassen haben, bestellen läßt, trifft das so eben über die cura furiosi u. s. w. Gesagte auch hier zu; daneben hat sich aber im deuschen Rechte die Vormundschaft über Verschollene ausgebildet, welche dazu bestimmt ist, mit dem Interesse des Verschollenen zugleich das seines nächsten Erben zu wahren, und sich als eine Verbindung des provisorischen Besitzes nach der älteren Theorie von der successio ex tunc mit der Vormundschaft darstellt[5]). Auch in

---

dat it sineme dinge rechte deit. Unde de anderen kindere scholen des gudes weldich sin, de ereme dinge rechte dut."

[3]) Altes Lüb. Recht (Hach, Cod. II.) Art. 102. „Vord mer hebe wi des Keiser recht also. — — na dem vivuntwintegisten jare schal de junghelinc sulven raden, ofte ghot eme de wisheit gift dat het kan unde dar to doch. kan aver hes nich ofte ne doch he dar nicht to ofte is he furiosus ofte prodigus, he schal also langhe wesen under dem bisorgheren, bet deme rade anders umme ene bedunke. vord mer omnes mente capti, surdi et qui in perpetuo morbo laborant sine intervallo, den schal men bisorghere gheven ane de se nicht don moghen, dat stede moghe bliven, wo olt se oc werden. nene bisorghere mach en man setten in sime testamente. set aver he se, de moghen dar nicht an bliven, de rat ene stedeghe se, oft ses werdich sint van provinghe des rades."

[4]) Vgl. Glück, Commentar XXXIII. S. 100—256. — Rudorff, das Recht der Vormundschaft I. S. 118—63. — Kraut, die Vormundschaft II. S. 191—217. Ueber die cura ventris, welche als Vormundschaft zum Besten der nascituri im Adelsrecht von besonderer Bedeutung ist, s. Rudorff a. a. O. S. 75—78. Ueber das Verfahren in Entmündigungssachen handelt Civ. Pr. O. §. 593—627.

[5]) Die erste Erwähnung des Instituts finde ich bei A. Faber, codex definitionum lib. V. tit. 40. def. 1. Für Deutschland kann B. Carpzov, jurispr. for.

Particularrechten ist sie vielfach anerkannt, und es läßt sich der dogmengeschichtlich zu construirenden Lehre die gemeinrechtliche, jedoch nur bedingt subsidiarische Geltung nicht absprechen[6]).

I. Die Voraussetzung der Vormundschaft ist die Verschollenheit des Abwesenden; diese muß also gehörig festgestellt sein, worüber das richterliche Ermessen zu befinden hat[7]). Derjenige, welcher sich zur Zeit als den nächsten Erben des Verschollenen ausweisen kann, hat dann einen Anspruch, von dem competenten Gerichte als Vormund bestellt und in den Besitz des Vermögens des Verschollenen gesetzt zu werden.

II. Die Bestellung geschieht aber erst, nachdem er vorher Sicherheit geleistet hat, das Vermögen an den Verschollenen, falls er zurückkehren sollte, oder an denjenigen, welcher später etwa als den näheren Erben sich ausweisen kann, herauszugeben[8]).

III. Der Vormund nimmt das Vermögen des Verschollenen in Besitz und Verwaltung, welche er nach den Regeln der Altersvormundschaft zu führen hat[9]). Er ist namentlich befugt, Erbschaften, welche dem Verschollenen angefallen sind, für ihn anzutreten[10]).

P. III. const. 15. def. 48—57. — Respons. V. 33. — Opus decision. II. 135. als der Begründer der Lehre angesehen werden. Am Besten ist sie behandelt von Kraut, die Vormundschaft II. S. 217—66. und Bruns, die Verschollenheit, im Jahrbuch des gem. deutschen Rechts I. Nr. 5., besonders S. 140 ff.

6) Vgl. oben §. 2. Die früher nach Pfeiffer, pract. Ausführungen II S. 256. — Heise und Cropp, jur. Abhandlungen II. Nr. 5. §. 14. u. A. von mir vertretene Ansicht, daß das Institut nur ein particularrechtliches sei, halte ich nicht mehr aufrecht. Vgl. Kraut a. a. O. S. 245. — Bruns a. a. O. S. 152. 188—92. — Ueber den Begriff der Verschollenheit und die damit in Verbindung stehenden Lehren s. oben §. 58.

7) Bruns a. a. O. S. 192. — Seuffert IX. Nr. 45.

8) Kraut a. a. O. S. 247—50. — Roth und v. Meibom, churhess. Privatrecht I. §. 162. Note 24—27.

9) Er hat also, auch wenn ihm der Fruchtgenuß zukommt, nicht, wie Kraut a. a. O. S. 250. annimmt, die unbeschränkte Veräußerungsbefugniß; vgl. Roth und v. Meibom a. a. O. Note 22.

10) Oldenburg. Gesetz v. 1844. (Archiv für oldenb. Recht II. S. 116.) §. 3. „Die Rechte und Pflichten des Curators sind gleich denen eines Vormundes Minderjähriger zu beurtheilen. Er kann für den Abwesenden oder Vermißten angefallene Erbschaften und sonstige Vortheile rechtsgültig annehmen." — Kraut a. a. O. S. 253—64. — Bruns a. a. O. S. 172—74. 196—98. — Kierulff, Sammlung III. S. 997. (Seuffert XXIII. Nr. 42.) Gerade in diesem Unterschiede von der gewöhnlichen Realcuratel, der sich dogmengeschichtlich begründen läßt, in neueren Rechtssprüchen aber häufig verkannt wird (s. Bruns a. a. O. S. 196. und Seuffert IX. Nr. 49.) liegt hauptsächlich das praktische Interesse des Instituts.

IV. Während der Verwaltung hat der Vormund den Fruchtgenuß und die Nutzung an dem Vermögen des Verschollenen. Diese Regel beruht auf der urspüglichen Bedeutung des Instituts und muß noch als die gemeinrechtliche angesehen werden, wenn sich auch manche Particulargesetze von ihr abgewandt haben. Insofern sie aber mit der älteren Ansicht von der successio ex tunc zusammenhängt, ist sie mit der jetzt geltenden successio ex nunc in soweit in Uebereinstimmung zu bringen, daß im Falle der Restitution des Vermögens auch die inzwischen gezogenen Früchte von dem Vormund herausgegeben werdeu müssen[11]).

V. Da die Vormundschaft über Verschollene kein reines Vermögensrecht ist, so findet eine Vererbung derselben nur insofern statt, als der Erbe des Vormundes zugleich der nächste Präsumtiverbe des Verschollenen ist[12]).

VI. Die Vormundschaft erlischt, wenn der Verschollene zurückkehrt oder für seine Vertretung selbständig sorgt, so wie im Falle seines Todes oder seiner Todeserklärung.[13])

---

[11]) Hohenloh. Landr. v. 1738. Th. V. Tit. 1. §. 24. „Das Vermögen eines Abwesenden und Verschollenen, von dem in langer Zeit keine Nachricht eingelanget, mithin ungewiß ist, ob er noch am Leben oder todt seye, wird denjenigen Bluts-Freunden, welche dem Abwesenden zu der Zeit, da er hinweggekommen ist, am nächsten verwandt gewesen sind, oder demjenigen, welchen etwa der Abwesende durch ein zurückgelassenes Testament zu seinem Erben benennet hat, zur Administration übergeben, dagegen dieselbe hinlängliche Caution zu stellen haben, daß sie, im Fall der Abwesende wieder kommen sollte, ihm sein Vermögen, nebst der inmittelst daraus erhobenen Nutzung, nach Abzug der Unkosten, worüber richtige Rechnung zu thun ist, und gegen eine billigmäßige Vergeltung seiner gehabten Bemühungen, getreulich zustellen und einraumen wollen.“ — Arnold, Beiträge I. S. 616–19. 772. – Pfeiffer a. a. O. II. S. 256 ff. — Kraut a. a. O. S. 237—40. – Roth und v. Meibom a. a. O. Note 28. A. M. ist Bruns a. a. O. S. 164–68. Einige Particularrechte sprechen dem nächsten Erben erst dann den Fruchtgenuß zu, wenn die Vormundschaft bestimmte Jahre gedauert hat; s. Arnold a. a. O. S. 489. — v. Nettelbladt, Rechtssprüche II. Nr. 51.

[12]) Vgl. Kraut a. a. O. S. 243–44.

[13]) Kraut a. a. O. S. 264–66.

Fünfter Abschnitt.

Das Erbrecht.

§. 136.

Einleitung.

Wenn man das römische und das deutsche Erbrecht in ihren Grundzügen mit einander vergleicht, so treten, abgesehen von anderen weniger wesentlichen Abweichungen, vor Allem zwei Gegensätze unter ihnen hervor, welche auf die ganze Anlage und die weitere Ausführung des Systems bestimmend einwirken mußten.

I. Das deutsche Recht kannte keine Geschäfte, durch welche jemand über sein Vermögen als Nachlaß gedacht, Anordnungen trifft. Derselbe Grundsatz nämlich, welcher es dem Vater unmöglich machte, für seinen Todesfall den Kindern Vormünder zu bestellen[1]), zeigte sich auch im Erbrechte wirksam, indem keine Verfügung Gültigkeit hatte, durch welche jemand seine Rechtssphäre über den Tod hinaus erweitern und über seine Erbfolge etwas bestimmen wollte[2]). Auf welche Weise es nun doch möglich war, den Zweck der Erbverträge und Testamente durch andere, auf dem Gebiete des Sachenrechts sich bewegende Geschäfte zu erreichen, das wird unten (§. 142.) dargethan werden; hier kommt es zunächst nur darauf an, den Grundsatz, welcher die Erbfolge allein an die Familienverbindung knüpfte, bestimmt hervorzuheben.

II. Der zweite Punkt, welcher zu berücksichtigen ist, betrifft das Verhältniß des Erben zum Erblasser. Darin stimmen beide Systeme, das römische und das deutsche, überein, daß der Erbe als Nachfolger des Erblassers von diesem sein Recht ableitet; namentlich findet die Ansicht, welche die Erbfolge auf ein Gesammteigenthum der Familie zurückführen will, in

---

1) S. oben §. 134. Note 8.

2) Beseler, Lehre von den Erbverträgen I. S. 1. — Pauli, Abhandlungen III. S. 161.

den Quellen des deutschen Rechts keine Begründung[3]), und auch die Nachfolge aus dem Rechte des ersten Erwerbers, die s. g. successio ex pacto et providentia majorum, ist erst im späteren Adels- und Lehenrecht ausgebildet worden. Allein trotz dieser principiellen Uebereinstimmung beider Rechtssysteme besteht doch insofern eine wesentliche Verschiedenheit unter ihnen, als der römische Begriff der Universalsuccession, kraft deren der Erbe die Person des Erblassers in Beziehung auf die Vermögensverhältnisse vollständig vertritt, im deutschen Rechte nicht zur vollen Ausbildung gelangt ist[4]). In älterer Zeit, als das Beispruchsrecht der nächsten Erben noch nicht begründet war[5]), findet sich die Verpflichtung, die Schulden des Erblassers zu bezahlen, allerdings in einer Weise anerkannt, welche der römischen Auffassung nahe kommt[6]). Allein später, als das Beispruchsrecht sich entwickelt hatte, haftete der Erbe für die Schulden des Erblassers nur so weit, als die fahrende Habe reichte[7]), und während im Allgemeinen die

---

[3]) Diese Ansicht ist ausführlich entwickelt von Fischer, Versuch über die Geschichte der teutschen Erbfolge. 2 Bde. Mannheim 1778., in neuerer Zeit aber so gut wie allgemein aufgegeben. Doch ist sie wieder vertreten von Karl von Amira (Erbenfolge und Verwandschaftsgliederung nach den alt-niederdeutschen Rechten. München 1874.) welcher aber keine Nachfolge gefunden hat, vgl. R. Schröder, krit. Vierteljahrsschr. XVII. S. 400—421. Das Consolidationsprincip bei der ehelichen Gütergemeinschaft beruht eben auf einer anderen Grundlage als der Erbfolge.

[4]) H. Siegel, das deutsche Erbrecht (Heidelberg 1853.) §. 58 ff. — O. Stobbe, Jahrbuch des gem. deutschen Rechts V. S. 293—349. und besonders W. Lewis, die Succession des Erben in die Obligationen des Erblassers nach deutschem Recht. Berlin 1864.

[5]) S. oben §. 93. Note 3.

[6]) L. Ribuar. tit. LXVII. cap. 1. — L. Burgund. tit. LXV. cap. 1. — Legg. Lang. Rotharis cap. 385. — Liutprand. cap. 19. Ich habe früher bei der Erörterung des Beispruchsrechts der nächsten Erben (Lehre von den Erbvertr. I. §. 5.) die durch die Ausbildung dieses Institutes bedingte Beschränkung in der Verhaftung des Landerben noch nicht gehörig berücksichtigt, und daher (a. a. O. S. 108.) die Stellen des Langobardischen Rechts, welche sich auf dies Verhältniß und auf die Repräsentation bei dem Thinx beziehen, auf römisches Recht zurückgeführt. Betrachtet man aber die abgedruckten Quellenzeugnisse im Zusammenhange mit jener Rechtsentwickelung, so scheint ein altdeutsches Volksrecht in demselben unverkennbar, auch wenn man auf das altsalische Institut der Chrenecrude (L. Sal. tit. LXI.) und auf die Lossagung von der Familie und dem Erbrecht (eod. tit. LXIII. — quod se et de juramento et de haereditate et de tota ratione illorum tollat) kein Gewicht legen will.

[7]) Sächs. Landr. B. I. Art. 6. §. 2. „Sve so dat erve nimt, die sal dur recht die scult gelden also vern, als it erve geweret an varender habe." — v. Sydow, Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels (Berlin 1828.) S. 332 ff.

Forderungen activ und passiv auf ihn übergingen[8]), fand doch hinsichtlich der Veräußerungsverträge über Grundstücke, so wie bei Freigebigkeiten und Delictsschulden eine wesentliche Beschränkung statt[9]). Als sich dann die strengen Grundsätze über das Beispruchsrecht allmählich abschwächten, trat wieder eine neue Rechtsbildung ein, und zumal in den Städten mußte der Erbe mit dem ihm angefallenen Grundbesitze so gut wie mit der Fahrniß für die Schulden des Erblassers aufkommen[10]). Gleichzeitig hörte im Bereiche dieser Rechtsentwickelung die Zerspaltung des Allodialnachlasses in verschiedene Bestandtheile auf, so daß derselbe als eine einheitliche Vermögensmasse erschien[11]). Allein man ging doch nicht weiter, als daß man die Verhaftung des Erben auf den ganzen Nachlaß erstreckte; über dessen Bestand hinaus, mit seinem eigenen Vermögen brauchte er für die Schulden des Erblassers nicht einzustehen, vorausgesetzt, daß er nicht durch eine unvorsichtige Vermischung der verschiedenen Vermögensmassen die Ausscheidung derselben unmöglich gemacht hatte, und dann eine eidliche Specification, welche in der Regel wohl ausreichte, nicht zulässig erschien. Zu einer Universalsuccession im römischen Sinne brachte es also auch das spätere deutsche Recht nicht; dem Erbschaftserwerbe hing gewissermaaßen stillschweigend das beneficium inventarii an[12]). Andererseits hat aber das reine

8) Sächs. Landr. a. a. O. §. 4. „Man sal ok den erven gelden, dat man deme doden scüldich was." — Goslar. Stadtr. (Göschen) S. 7. Z. 5—7. „Wat man uppe enne to klaghende heft van scult weghene oder van scaden, of he sterft, dar mot sin erve vor antwarden to deme selven rechte alse he selve scolde of he levede." — v. Sydow a. a. O. S. 328 ff.

9) Ueber Veräußerungsverträge s. Sächs. Landr. B. I. Art. 9. §. 1. 5. 6. — B. III. Art. 31. §. 1. 2., vgl. Beseler, Lehre von den Erbverträgen I. S. 133. 136—37.; über Freigebigkeiten Sächs. Landr. B. I. Art. 6. §. 2. — „nene scult, wande der he wederstadinge untving", vgl. Lewis a. a. O. S. 74 ff.; über Delictsobligationen Sächs. Landr. B. I. Art. 6. §. 2. — B. II. Art. 17. §. 1., vgl. Lewis a. a. O. S. 164 ff.

10) Goslar. Stadtr. (Göschen) S. 6. Z. 6. 7. — Kulm. Recht (Leman) B. IV. Cap. 91. (Systemat. Schöffenrecht [Laband] IV. 2., 49.) — Kaiserrecht (Endemann) B. II. Cap. 49. — Berck, über das Bremische Güterrecht der Ehegatten S. 127 ff.

11) Erbe im objectiven Sinne bedeutet sowohl ein Grundstück, insbesondere ein Erbgut, als auch den Nachlaß, und zwar bald den gesammten Nachlaß eines Verstorbenen, s. Sächs. Landr. B. I. Art. 6. §. 1., bald den Nachlaß mit Ausschluß des Heergewettes, der Gerade und des Mußtheils, s. a. a. O. B. I. Art. 24. §. 3., bald den Allodialnachlaß im Gegensatze zum Lehengut, s. Goslar. Stadtr. S. 6. Z. 5.

12) In dieser Beschränkung fassen bereits einige Quellen der ersten Periode die Verhaftung des Erben bestimmt auf, s. Legg. Lang. Liutprand. cap. 57. — L. Wisigoth. lib. V. tit. 6. cap. 6. Ueber das spätere Recht vgl. Sächs. Landr. B. III. Art. 31. §. 1. — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 10.

Princip der Singularsuccession zu keiner Zeit das deutsche Erbrecht beherrscht: eine gewisse, wenn auch dem Umfang und der Wirkung nach beschränkte Vertretung des Erblassers durch den Erben läßt sich in allen Perioden der deutschen Rechtsgeschichte nachweisen.

In den beiden hier hervorgehobenen Punkten, der Ausschließlichkeit der gesetzlichen Erbfolge und der beschränkten Vertretung des Erblassers durch den Erben, wird nun gegenwärtig das gemeine Recht von der römischen Anschauung beherrscht. Die Grundsätze des deutschen Rechts haben sich nur insoweit erhalten, als eine besondere Erbfolge in den Grundbesitz besteht, und der Eigenthümer nur eine beschränkte Verfügung über dasselbe hat, — also im Bereiche des Adels- und Lehenrechts und theilweise auch im Bauernrechte. Ja man hat sich in neuerer Zeit mit der Aufnahme der römischen letztwilligen Verfügungen nicht begnügt, sondern neben denselben noch den Erbeinsetzungsvertrag zu einem gemeinrechtlichen Institute ausgebildet. Die folgende Darstellung hat es nun mit den noch jetzt vorhandenen deutscheu Elementen des Erbrechts zu thun, insofern sie nicht der späteren Erörterung über das Adels-, Lehen- und Bauernrecht vorzubehalten sind[13]).

Erstes Kapitel.

Die gesetzliche Erbfolge.

§. 137.

Die Bedingungen der gesetzlichen Erbfolge.

Der Grund, auf welchem das deutsche Recht die Erbfolge gebaut hat, ist die Familienverbindung; an die Succession der Blutsverwandten, welche die ursprüngliche ist, konnte sich daher die der Ehegatten mit Leichtigkeit ansetzen. So wie aber die Familienverbindung überhaupt auf der Ehe beruhte, so fand auch nur unter ehelichen Verwandten eine Erbfolge statt. Es bedurfte der Einwirkung des römisch-canonischen Rechts, um die Legitimation unter den Deutschen einzuführen, und ein beschränktes Erbrecht der Concubinenkinder zur Geltung zu bringen. In

---

— v. Sydow a. a. O. S. 330 ff. — Berck a. a. O. S. 128. — Gries, Commentar zum Hamburg. Stadtr. II. S. 109—11. — Pauli, Abhandlungen III. S. 145 ff. — R. O. H. G. VIII. Nr. 1.

[13]) Manche auch für das geltende Recht lehrreiche Erörterungen finden sich in der Preisschrift von Fr. Mommsen, Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven. Braunschweig 1876.

letzterer Beziehung hat aber das Juristenrecht die römische Regel noch ausgedehnt und auf alle vom Vater anerkannten unehelichen Kinder bezogen [1]).

I. Mit besonderer Rücksicht auf die Erbfolge finden sich nun in den älteren Quellen verschiedene Benennungen für die Blutsverwandten [2]). Die allgemeine Bezeichnung ist parentes, parentela, Sippe. Die Nachkommenschaft des Erblassers heißt die Geburt [3]) oder der Busen, welcher Ausdruck jedoch auch für nahe Verwandte überhaupt gebraucht wird [4]); Magen sind im engeren Sinne die Verwandten mit Ausschluß der Eltern, Kinder und Geschwister [5]). Manche Quellen unterscheiden allgemein die Verwandten von des Vaters und von der Mutter Seite (paternum und maternum genus, von Schwert halben und von Spill halben) [6]), während andere wieder unter Schwertmagen die männlichen Verwandten durch Männer, unter Spillmagen (Nifteln) die weiblichen Verwandten durch Weiber verstehen [7]), das spätere Adelsrecht aber

---

1) M. S. Mayer, das Intestaterbrecht der liberi naturales nach dem heutigen römischen Rechte. Tübingen 1838. — Seuffert I. Nr. 87. 88. VIII. Nr. 67. XII. Nr. 343. Neuerdings ist aber von dem O. A. Gerichte in Lübeck (s. Hamb. Sammlung Lübeck. Rechtssprüche II. 2. Nr. 76. und im Auszuge bei Seuffert VI Nr. 223. vgl. das. XXIX. Nr. 43.), Celle (Seuffert VII. Nr. 202.), Rostock (Buchka und Budde, Entscheidungen II. Nr. 43.) Ober-Tribunal zu Berlin (Seuffert XXIX. Nr. 42.). — R. G. V. Nr. 44. das von Mayer behauptete Gewohnheitsrecht verneint worden. — Von dem väterlichen Nachlasse unbedingt ausgeschlossen werden die nicht legitimirten unehelichen Kinder nach österreichischem und Königlich sächsischem Rechte, s. Oesterr. Gesetzb. §. 754. — Sächs. Gesetzb. §. 2019. Ueber das Erforderniß der Ebenbürtigkeit s. unten §. 176. und überhaupt über die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach den altgermanischen Rechten, unter denen die skandinavischen ihnen besonders günstig waren, Wilda, Zeitschr. für deutsches Recht XV. Nr. 6. — Rive, Zeitschrift für Rechtsgeschichte III. S. 210—37.

2) Vgl. Grimm, deutsche Rechtsalterthümer S. 467—70. — v. Sydow, Erbrecht §. 9. — Siegel, das deutsche Erbrecht (Heidelberg 1853.) §. 6.

3) Kaiserrecht B. II. Cap. 70.

4) Sächs. Landr. B. I. Art. 17. §. 1. — v. Sydow a. a. O. S. 40.

5) Sächs. Landr. B. I. Art. 3. §. 3. — Das Schwäb. Landr. (v. Laßberg) Cap. 3. und andere süddeutsche Quellen rechnen jedoch auch die Geschwister zu der Magenschaft, s. Siegel a. a. O. S. 18., und der Sachsensp. versteht unter den Magen im weiteren Sinne die Verwandten, s. Sächs. Landr. B. I. Art. 4. — B. III. Art. 73. §. 1.

6) Deiters, diss. inaug. de civili cognatione et familiari nexu ex jure Romano et Germanico (Bonnae 1825.) §. 24. p. 92 sqq. — H. Rosin, der Begriff der Schwertmagen. Breslau 1877. — Schröder, Zeitschrift der Savigny-Stiftung IV. Germanist. Abth. Nr. 1.

7) L. Angl. et Werin. tit. VI. cap. 8. (Richthofen cap. 34.) — Sächs. Landr. B. III. Art. 15. §. 4. — B. I. Art. 27. §. 1. — v. Sydow a. a. O. S. 42 ff.

die Schwertmagen als den Mannsstamm, die Agnaten bezeichnet, und denselben alle weiblichen Verwandten und alle Verwandten durch Weiber als Cognaten gegenüberstellt. — Im heutigen Sprachgebrauch versteht man unter Kindern oft die Descendenten überhaupt, nicht allein die des ersten Grades[8]) und unter Erben im engeren Sinne die Leibeserben[9]).

II. Nicht die ganze eheliche Sippschaft war jedoch in früherer Zeit zum Erbe berufen; vielmehr hörte innerhalb derselben das Erbrecht da auf, wo die canonischen Eheverbote wegen Blutsverwandschaft nicht mehr Platz griffen[10]). Dieser Grundsatz, welcher aus dem heutigen gemeinen Rechte verschwunden ist[11]), erhöhte die Bedeutung des Rechts auf erblose Güter, welches ursprünglich dem Könige zustand, später aber mit andern Regalien als jus fisci an die Landesherren gelangte, insofern nicht die Gerichtsherrschaft, insbesondere die Stadtgemeinden dasselbe erworben hatten[12]). Außerdem konnte es geschehen, daß der Staat den Nachlaß bestimmter Personen unter Ausschließung der gesetzlichen Erben an sich zog, z. B. nach dem s. g. Hagestolzenrecht[13]). Doch kommen Vorschriften dieser Art nur noch selten zur Anwendung, und ebenso sind die Regeln des römischen Rechts über die Entziehung einer Erbschaft wegen Indignität nicht vollständig zur Anerkennung gelangt, und können im Allgemeinen nicht für recipirt gelten[14]).

---

8) Wie bei den Römern unter liberi, s. Bayr. Landr. Th. I. Kap. 4. §. 3. — Pr.-A. L. R. Th. I. Tit. 1. §. 40. Tit. 12. §. 526. — Oesterr. Gesetzb. §. 42. — Sächs. Gesetzb. §. 2162. — Seuffert IX. Nr. 183.

9) Grimm, Wörterbuch s. v. Erbe. — Seuffert IV. Nr. 65. VIII. Nr. 158. Unter den nächsten Erben sind im Zweifel außer den Descendenten nur Eltern und Geschwister zu verstehen, — also der Busen des Sachsenspiegels, s. Seuffert XXXI. Nr. 47. 48.

10) L. Ribuar. tit. LVI. — Legg. Lang. Rotharis cap. 153. — L. Bajuv. tit. XIV. cap. 9. §. 4. (Merkel tit. XIV. cap. 10.) — L. Angl. et Werin. tit. VI. cap. 8. (Richthofen cap. 34.) — Sächs. Landr. B. I. Art. 3. §. 3. — Eichhorn, Staats- und Rechtsgeschichte I. §. 65. 183. 203. — II. §. 373. — v. Sydow a. a. O. §. 29.

11) Eine Beschränkung der erbberechtigten Sippe hat mit der alten Parentelenordnung das Oesterr. Gesetzb. §. 751. beibehalten.

12) Klüber, öffentliches Recht §. 338. — Pufendorf, observatt. jur. III. obs. 14. — Ueber das Geschichtliche vgl. v. Sydow a. a. O. S. 483 ff. — Heydemann, die Elemente der Joachimischen Constitution S. 245—56. — Pauli, Abhandlungen III. S. 152—55. — Siegel, Erbrecht §. 66.

13) Grimm, Rechtsalterthümer S. 483—85. — v. Sydow a. a. O. S. 60. 61. — Heydemann a. a. O. S. 241—44.

14) Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 2. S. 341—42.

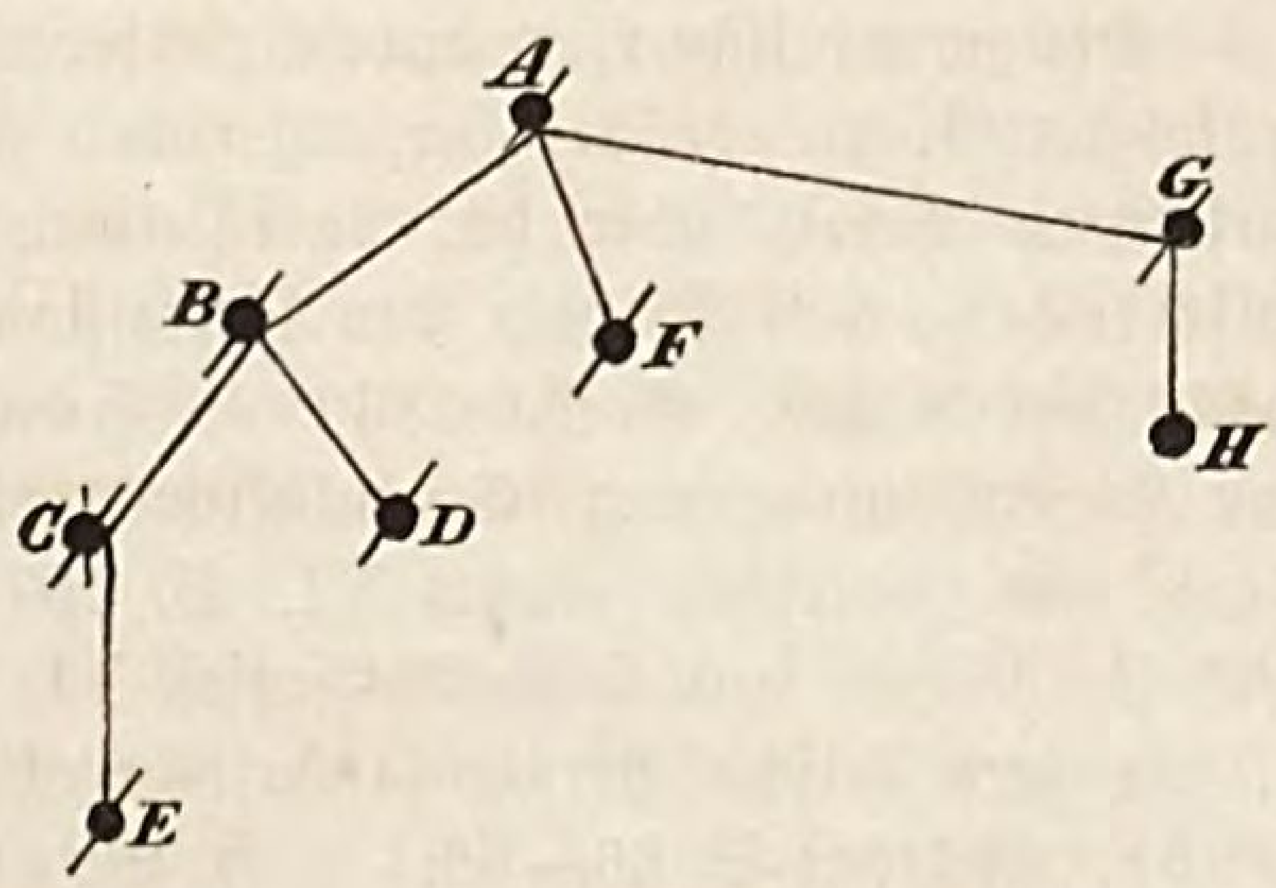
§. 138.

Die Parentelenordnung.

Die Reihefolge, in welcher das deutsche Recht die Verwandten zur Succession beruft, wird nach dem Verhältnisse, in welchem sie zu dem Erblasser stehen, bestimmt, und zwar in der Art, daß diejenigen zuerst berufen werden, welche den Erblasser als unmittelbaren Stammvater oder mit ihm den nächsten gemeinschaftlichen Stammvater haben, daß dann aber wieder die Nähe des Grades den Ausschlag giebt. Die ganze Kette der Sippschaft oder Parentel zerfällt also in einzelne Glieder, welche sich als besondere Gruppen um ihren Stammvater ansetzen und Parentelen oder Linien genannt werden. Die Nachkommenschaft des Erblassers bildet die erste Parentel, in welcher die Kinder den Enkeln vorgehen. Die zweite Parentel besteht aus den Eltern und deren Nachkommenschaft, indem jene zuerst berufen werden, unter diesen aber die Geschwisterkinder von den Geschwistern ausgeschlossen werden; die dritte Parentel besteht aus den Großeltern und deren Nachkommenschaft u. s. w., so daß die Erbfolge der Seitenverwandten sich eigentlich in eine Descendentenfolge auflöst[1]). — Man nennt dies die Parentelenordnung oder das Lineal-Gradualsystem[2]), welches in Betreff der Verwandtschaftsbe-

---

[1]) Man nehme folgendes Beispiel:



Der Erblasser C wird zuerst von E beerbt; fehlt dieser, so folgt B, dann D; dann A, nach diesem F und G, und wenn auch diese weggefallen sind, H.

[2]) Die Darlegung der altgermanischen Parentelenordnung ist eine der schönsten Entdeckungen auf dem Gebiete der deutschen Rechtsgeschichte; wir verdanken sie dem scharfsinnigen J. Chr. Majer, s. dessen Germaniens Urverfassung (Hamburg 1798.) S. 69—162. und: Deutsche Erbfolge sowohl überhaupt, als insbesondere in Lehen- und Stammgütern. Erste Fortsetzung. (Stuttgart 1805.) S. 1—139. Spätere Forscher, besonders Eichhorn, Staats- und Rechtsgeschichte I. §. 19. 65. II. §. 373. III. §. 412. Note e. — v. Sydow, das Erbrecht §. 18—32. — J. L. U. Dedekind, de ordine succedendi quo legibus et moribus Germanorum — successio ex cognationis jure delata est. Gotting. 1822. 4. — Bluntschli, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft IX. Nr. 5. — Pauli, Abhandlun-

rechnung mit der canonischen Computation zusammenfällt[3]). Es verdient jedoch noch eine genauere Betrachtung, da es nicht immer rein zur Anwendung gekommen ist.

I. Im älteren Rechte findet sich durchweg eine gewisse Bevorzugung des Mannsstammes bei der Erbfolge, welche jedoch in sehr verschiedener Weise bestimmt und abgegrenzt ist. Während bei den Franken und Thüringern der Mannsstamm ausschließlich in den Grundbesitz erbt, werden bei den Sachsen, Schwaben, Langobarden die Töchter von den Söhnen unbedingt von der Nachfolge ausgeschlossen, gehen aber den Seitenverwandten vor; die Friesen begünstigen nach Art der scandinavischen Rechte das männliche Geschlecht durch größere Erbantheile[4]). — Das heutige gemeine Recht steht in dieser Beziehung unter der römischen Regel, indem nur für das Adels- und Bauernrecht erhebliche Abweichungen vorkommen.

II. Gleich nahe Erben derselben Parentel theilen die Erbschaft; eine Bevorzugung des Alters findet sich erst in dem späteren Adels- und Bauernrechte[5]). Die Theilung geschieht aber nach Köpfen und nicht nach

---

gen III. S. 41 ff. — Dieck, in der allg. Encyclopädie von Ersch und Gruber XL. S. 288 ff. haben diese Lehre, welche im späteren Adelsrecht ihren bestimmten Ausdruck gefunden hat, so bündig, wie die fragmentarische Beschaffenheit der älteren Rechtsquellen es überhaupt gestattet, festgestellt. Es fehlt freilich nicht an Veranlassung zu Zweifeln und Bedenken, die namentlich von Griesinger in der Fortsetzung von Danz, Handbuch IX. S. 214 ff. 488—522. und Siegel, das deutsche Erbrecht S. 44—68. — Die germanische Verwandtschaftsberechnung mit besonderer Beziehung auf die Erbfolge. (Gießen 1853.) hervorgehoben sind, und in neuester Zeit einen lebhaft geführten Streit über die Parentelenordnung hervorgerufen haben. Vgl. Wasserschleben, das Princip der Successionsordnung nach deutschem insbesondere sächsischem Rechte. Gotha 1860. — Homeyer, die Stellung des Sachsenspiegels zur Parentelenordnung (Gratulationsschrift). Berlin 1860. 4. — Rive, Jahrbuch des gem. deutschen Rechts VI. S. 197—228. — Siegel, österr. Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatswissensch. VI. Literaturblatt S. 22. — Wasserschleben, die germanische Verwandtschaftsberechnung. Eine Replik. Gießen 1864. — Stobbe, Beiträge S. 36—58. — H. Brunner, das anglonormannische Erbfolgesystem. Leipzig 1869. — Waschersleben, das Princip der Erbenfolge nach den älteren deutschen und verwandten Rechten. Leipzig 1870. — S. überhaupt Lewis in der kritischen Vierteljahrsschrift IX. S. 23—67. XIV. S. 1—44.

[3]) Eichhorn a. a. O. I. §. 183. 203. — v. Sydow a. a. O. S. 118 ff. — Otto Mejer, in der Zeitschrift für deutsches Recht VII. Nr. 9.

[4]) Eichhorn a. a. O. I. §. 65. — Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 2. S. 265 ff. — Reyscher, in der Zeitschrift für deutsches Recht VI. S. 265 ff. Im Einzelnen fehlt es freilich nicht an manchen Zweifeln und Streitfragen; s. Griesinger a. a. O. X. S. 1 ff. 281 ff. 422 ff.

[5]) L. Alam. tit. LXXXVIII. — L. Bajuv. tit. XIV. cap. 9. (8.) —. L. Burgund. tit. I. — XXIV. cap. 5. — LIII. — LXXV. — LXXVIII. —

Stämmen, indem ein Eintrittsrecht ursprünglich weder für Enkel noch für Geschwisterkinder bestand, und auch im späteren Mittelalter nur den Enkeln, welche von Söhnen herstammen, eingeräumt ward[6]).

III. Die Eltern schließen die Geschwister aus (Schooßfallrecht), — ein Grundsatz, welcher als die Consequenz der alten Parentelenordnung erscheint, und sich auch nach deren Untergang noch hie und da in Uebung erhalten hat[7]). Davon verschieden ist das s. g. Fallrecht (jus recadentiae), wenn der Nachlaß kinderloser Eheleute in seine ursprünglichen Bestandtheile zerlegt wird, um an die Linien, von denen er herstammt (paterna paternis, materna maternis), zurückzugehen[8]). Den Gegensatz zu dieser Einrichtung bildet die in Statuten vorkommende Regel, daß die Muttermagen von den Vatermagen im Erbe ausgeschlossen werden[9]).

IV. Schon der Sachsenspiegel läßt bei der Erbfolge der Geschwister und Geschwisterkinder die volle Geburt der halben um Einen Grad vorgehen[10]); spätere Statuten haben diesen Grundsatz weiter ausgedehnt und dadurch erhebliche Abweichungen von der älteren Successionsordnung herbeigeführt[11]).

Legg. Lang. Liutprand. cap. 70. 74. — Lothar. I. cap. 26. — Vgl. L. Sal. (Behrend) tit. LIX. — L. Rib. tit. LVI. und überhaupt Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 2. S. 7 ff.

6) L. Sal. (Herold) tit. LXII. cap. 6. Sed ubi inter nepotes aut pronepotes, post longum tempus, de alode terrae contentio suscitatur, non per stirpes, sed per capita dividantur. — Sächs. Landr. B. I. Art. 5. §. 1. „Nimt de sone wif bi des vader live de eme ebenburdich is, unde wint sone bi ire, unde stirft he dar na er sineme vadere umbedelt von dem erve, sine sone nemet dele in ires aldervader erve, gelike irme veddere in ires vader stat. Alle nemet se aver enes mannes deil. Disses ne mach den dochter kinderen nicht geschin, dat se gelike dele nemen der dochter in des eldervater oder in der eldermuder erve." Bereits im Jahre 941. wurde das Eintrittsrecht der Sohnesenkel in einem von Otto I. angeordneten Zweikampfe erstritten, s. Grimm, Rechtsalterthümer S. 471 ff. — Die Vorschrift des R. A. zu Speier v. 1529. §. 31. (N. S. II. S. 299.) über die Erbtheilung der Geschwisterkinder nach Köpfen beruht auf altgermanischer Rechtsanschauung, stimmt aber freilich nicht zu dem heutigen Systeme.

7) Grimm a. a. O. S. 470. 476—77. — Heydemann, die Elemente der Joachim. Constitution S. 390.

8) Kaiserrecht (Endemann) B. II. Cap. 95. — Ostfries. Landrecht B. II. Cap. 112—14. Vgl. Mittermaier, Grundsätze II. §. 436. Note 65. §. 439. Note 14. Bei Lehen- und Stammgütern ist diese Einrichtung noch immer von Wichtigkeit.

9) Bluntschli, das Instetaterbrecht des Zürcherischen Stadtrechts, in der Zeischrift für geschichtliche Rechtswissenschaft IX. Nr. 5.

10) Sächs. Landr. B. II. Art. 20. §. 1. — v Sydow a. a. O. S. 106. 108. 111. 142 ff. In älteren Rechtsquellen findet sich diese Bevorzugung der vollen Geburt von der halben nicht.

11) Göschen, die Goslarischen Statuten S. 140. — Pauli, Abhandlungen III. S. 42 ff.

V. Noch bedeutender ist der Einfluß der Were, d. h. der Hausgenossenschaft der Eltern und Kinder auf die Erbfolge geworden, indem sich in einigen Rechten der Grundsatz ausbildete: Was in der Were verstirbt, das erbt wieder an die Were. Dies ist namentlich für die Successionsordnung in der ersten Parentel von großen Einfluß geworden[12]).

VI. Die alte Parentelenordnung ist durch das römische Gradualsystem aus dem gemeinen Rechte verdrängt worden. Nur im Adels- und Lehenrechte zeigt sie sich noch wirksam, und hat sich in einzelnen Statuten, z. B. dem Lübischen Recht, erhalten[13]). Auch die österreichische Intestaterbfolge beruht im Wesentlichen auf der altgermanischen Grundlage, indem nur mit der Linealerbfolge das Eintrittsrecht allgemein verbunden ist, und daher nach Stämmen succedirt wird[14]).

§. 139.

Erwerb und Theilung der Erbschaft.

I. Obgleich das deutsche Erbrecht keine Universalsuccession im römischen Sinne kannte, so fand doch eine Nachfolge in die Vermögensrechte des Erblassers statt, welche sich nach dessen Ableben auf Grund der gesetzlichen Regel von Rechts wegen verwirklichte, so daß es für den

---

12) Pauli a. a. O. S. 88 ff. — Seuffert XVI. Nr. 135. Vgl. oben §. 132. Daß auch früher schon den Enkeln abgetheilter Söhne ein Erbrecht mit Collationspflicht nicht eingeräumt ward, obgleich die abgetheilten Söhne selbst es hatten, zeigt das Sächs. Landr. B. I. Art. 5. §. 1. (oben Note 6.).

13) Die angeführten Abhandlungen von Bluntschli und Pauli geben hierüber Aufschlüsse, welche für die Lehre von der Parentelenordnung überhaupt von Wichtigkeit sind.

14) Oesterr. Gesetzbuch §. 730. „Gesetzliche Erben sind zuvörderst diejenigen, welche mit dem Erblasser vermittelst ehelicher Abstammung durch die nächste Linie verwandt sind. Die Verwandtschafts-Linien werden auf folgende Weise bestimmt. §. 731. Zur ersten Linie gehören diejenigen, welche sich unter dem Erblasser, als ihrem Stamme, vereinigen, nähmlich: seine Kinder und ihre Nachkömmlinge. Zur zweyten Linie gehören des Erblassers Vater und Mutter, sammt denjenigen, die sich mit ihm unter Vater und Mutter vereinigen, nähmlich: seine Geschwister und ihre Nachkömmlinge. Zur dritten Linie gehören die Großältern sammt den Geschwistern der Aeltern und ihren Nachkömmlingen. Zur vierten Linie gehören des Erblassers erste Urgroßeltern sammt ihren Nachkömmlingen. Zur fünften Linie gehören des Erblassers zweyte Urgroßältern, sammt denjenigen, die von ihnen abstammen. Zur sechsten Linie gehören des Erblassers dritte Urgroßältern, sammt denjenigen, die von ihnen entsprossen sind." Ueber dar Eintrittsrecht und die Stammtheilung s. §. 733. 734. u. s. w. Vgl. Unger, das österr. Erbrecht (Band 6. des Systems) §. 32. — Das Intestaterbrecht des Pr. A. L. R. hat sich mit einigen Abweichungen dem Systeme des heutigen gemeinen Rechts angeschlossen, s. K. Witte, das Preußische Intestaterbrecht, aus dem gemeinen deutschen Rechte entwickelt. Leipzig 1838.

Erben keiner Antretung und Besitzergreifung bedurfte, und der Begriff einer hereditas jacens gar nicht vorhanden war. Die Gewere des Erblassers an den im Nachlaß enthalten Vermögensstücken ging vielmehr ipso jure auf den Erben über[1]), was mit dem Sprichworte: Der Todte erbt den Lebendigen — ausgedrückt wird[2]). Dasselbe hat nun freilich für das gemeine Recht, welches in dieser Lehre jetzt auf römischer Grundlage ruht, seine Geltung verloren; aber in Particularrechten findet es sich noch anerkannt, und zwar in seiner ursprünglichen Bedeutung[3]) Doch kommt auch eine beschränktere Anwendung des Rechtsgrundsatzes vor, indem nach einigen Statutarrechten zum Erwerbe und also zur Transmission der Erbschaft keine Antretung verlangt wird, der Besitz der einzelnen Erbschaftsstücke aber von dem Erben ergriffen werden

---

[1]) Sächs. Lehenr. Art. 6. §. 1. „Die vader erst uppe 'n son die gewere des gudes mit sament deme gude; dar umme ne bedarf die sone nicht, dat man ime des vader gut bewise." — Sächs. Landr. B. III. Art. 83. §. 1. „Svat man enem manne oder wive gift, dat solen sie besitten dre dage. Svat sie mit klage irvorderet oder uppe sie geervet wert, des ne dorven sie nicht besitten." — Albrecht, die Gewere §. 6. — v. Sydow, das Erbrecht S. 311—13. — Heusler, die Gewere S. 172 ff. — R. G. VII. Nr. 42. Für das ältere Recht bestreitet aus unzureichenden Gründen die Geltung der Regel G. Sandhaas, germanist. Abhandlungen S. 117 ff. Auch der von Homeyer (Sachsensp. II. 2. S. 417—18. — Der Dreißigste S. 241—45.) vertretenen Ansicht, daß die dem Erben anfallende Gewere nur das Recht auf den Besitz, nicht diesen selbst bedeute, ist nicht beizustimmen, wenn auch anerkannt werden muß, daß das Recht des Herrn auf die Lehenerneuerung die Befugniß des Erben aus der Lehenfolge beschränkte. Vgl. unten Note 7.

[2]) Phillips, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft VII. Nr. 1. Weit bezeichnender ist jedenfalls die französische Fassung des Sprichwortes: Le mort saisit le vif; saisir bedeutet nämlich: in die saisine, Gewere setzen. S. überhaupt Renaud, in der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes XIX. Nr. 5. 14. 19. — XX. Nr. 3. Ich halte im Wesentlichen an der im Text gegebenen Auffassung fest, wenn sie auch nach den neueren Untersuchungen modificirt werden muß; vgl. Heusler, die Gewere S. 172 ff. — Laband, krit. Vierteljahrschrift XV. S. 397 ff. — Losack, der Besitz des Erben (Weimar 1877.) S. 25 ff. — Planck, das deutsche Gerichtsverfahren S. 531 ff. — Behrend, Anevang und Erbengewere. (Breslau 1885.) S. 32 ff.

[3]) Magdeburg. Polizeiordnung E. XLIV. §. 15. (Renaud XIX. S 107.) „Wir wollen, daß in Zukunft in unserm Herzogthume Magdeburg der Besitz oder Gewehr der Güter, sie sind liegend oder farend, ohne einige leibliche Ergreifung auf des verstorbenen in absteigender linie — verfallen solle." — Churköln. Rechtsordnung Tit. IX. §. 1. „Wo ein Testament aufgerichtet, soll auf den darin eingesetzten Erben, oder wann mehr Testamenten vorhanden, auf denjenigen, der in den letztern oder jüngsten benamset, und in Mangel des Testaments auf den nächsten Anbewandten, dem die Erbschaft von Rechtswegen zugehört, der Besitz oder Gewehr der Güter, sie seyen liegend oder fahrend, ohne einige andere leibliche Ergreifung verfallen seyn." — —

muß[4]). Diese Auffassung ist auch in die neueren Gesetzbüchern übergegangen[5]), und hat dann genauere Vorschriften über die Erklärung des Erben wegen der Annahme oder Ausschlagung der angefallenen Erbschaft nöthig gemacht[6]); wenn aber manche Juristen sie für allgemein begründet halten und das Sprichwort: der Todte erbt den Lebendigen, überhaupt in dem beschränkteren Sinne auslegen wollen, so steht dies mit dem klaren Ausdruck der Rechtsquellen in Widerspruch[7]).

II. Im deutschen Mittelalter zeigt sich namentlich seit dem Erscheinen des Sachsenspiegels eine Einrichtung sehr verbreitet, welche mit dem Namen des Dreißigsten bezeichnet wird[8]). Sie beruht auf den Gedanken, daß nach dem Tode eines Menschen der Friede des Sterbehauses nicht durch weltliche Geschäfte gestört, und die Trauer der Hinterbliebenen, namentlich

---

[4]) Es scheint wenigens, daß in Hamburg und Lübeck das ältere Recht nur in dieser beschränkten Weise noch Anwendung findet; s. Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen II. S. 135. Note 25. — Gries, Commentar II. S. 240. — Pauli, Abhandlungen III. S. 130—32. — Trummer, das Hamburgische Erbrecht II. §. 307—10. — So erklärt es sich auch, daß D. Mevius, comment. ad jus Lub. lib. II. tit. 2. art. 27. nr. 6. 7. die Parömie, wo sie durch Gewohnheit oder Statut begründet ist, auch auf die Uebertragung des Besitzes durch den Erbschaftsanfall bezieht, in Nr. 8. aber fortfährt: Sed in inferiori Germania ejusmodi statutum aut consuetudo ignoratur.

[5]) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 367—70. — Oesterr. Gesetzb. §. 537. 809. Vgl. Mittermaier, Grundsätze II. §. 466. Note 18. — Entscheidungen des Obertribunals zu Berlin XVIII. S. 3 ff. Das Sächs. Gesetzb. §. 2250 ff folgt dem römischen Rechte.

[6]) Eine Verpflichtung, die angefallene Erbschaft zu behalten, galt auch nach älterem Rechte nicht; s. v. Sydow a. a. O. S. 312—13. — Homeyer, der Dreißigste S. 228—31. Das preußische Recht giebt bestimmte Ueberlegungsfristen, nach deren Ablauf die Erbschaft für angenommen gilt, s. Dernburg, Lehrbuch III. §. 217.

[7]) Unter den Anhängern dieser Ansicht besteht jedoch keine Uebereinstimmung. Während einige, wie Eichhorn, Einleitung §. 337. Note c. die „Vortheile des Innehabens" auch nach älterem Rechte nicht ipso jure auf den Erben übergehen lassen, versagen andere, wie Mühlenbruch, in der Fortsetzung von Glück's Pandecten-Commentar XLIII. S. 86—91. demselben da, wo die Parömie: der Todte erbt den Lebendigen, gilt, gegenwärtig nur die possessorischen Interdicte, weil sie dem deutschen Besitzrechte nicht bekannt waren. Aber auch die letztere Beschränkung ist unzulässig, da wir in unserem Rechte keinen deutschen und römischen Besitz unterscheiden können, und wenn derselbe überhaupt übergeht, auch die gemeinrechtlichen Wirkungen desselben angenommen werden müssen. Daher fährt die oben, Note 3. abgedruckte Stelle der Churköln. Rechtsordnug fort: „Und da vielleicht jemand anders vorlaufen: und sich des Besitzes zu nähern unterstehen würde, soll ihm solches zu keinem Vortheil oder Nutzen weder in- noch außerhalb Rechtens gedeyen, sondern vielmehr für eine strafbare That zu halten seyn." — Die ältere Literatur über diesen Streit s. bei Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts §. 687.

[8]) G. Homeyer, der Dreißigste. Berlin 1864. 4.

der Wittwe berücksichtigt werden soll, indem bis zu der am dreißigsten Tage nach dem Ableben üblichen kirchlichen Todtenfeier ein Zustand der Ruhe erhalten wird. Dieser Gedanke zeigt sich dann in verschiedenen Beziehungen wirksam.

a. Bis zum Dreißigsten bleibt die Wittwe ungestört im Gute des Mannes sitzen, und der Erbe ist nur befugt, zu ihr einzuziehen, um sein Interesse wahrzunehmen[9]). Spätere Statute geben dasselbe Recht auch dem Ehemann[10]), und lassen an die Stelle der Custodia des Erben die gerichtliche Versiegelung und Inventirung treten[11]).

b. Wenn die Wittwe sich am Begräbnißtage oder am Dreißigsten als schwanger ausweist, so bleibt sie bis zur Niederkunft in des Mannes Gut[12]). Gegenwärtig kommt statt dieses Fortbesitzes die römische missio in possessionem ventris nomine zur Anwendung[13]).

c. Das Gesinde behält bis zum Dreißigsten Kost und Wohnung bei der Herrschaft, auch wenn es vorher abgelohnt wird[14]).

d. Die Eröffnung des Testamentes erfolgt von Amts wegen erst nach dem Dreißigsten[15]).

Der Dreißigste findet sich noch mit bestimmten rechtlichen Wirkungen in den Ländern des Sachsenrechts so wie in manchen fränkischen Statuten, und kommt in gewissen katholischen Gegenden von Baiern, Westphalen und der Schweiz noch in Verbindung mit der kirchlichen Todtenfeier vor[16]).

---

9) Sächs. Landr. B. I. Art. 22. §. 1. „Die erve mut wol varen to der wedewen in dat gut er deme drittegesten, durch dat he beware, dat des icht verloren werde, des an in gedreve. Mit sime rade sal ok die vrowe bigraft unde drittegesten dun; anders ne sal he nene gewalt hebben an 'me gude bit an den drittegesten."

10) Rev. Lüb. Recht B. II. Tit. 25. Art. 27.

11) Hamburg. Stadtr. Th. III. Tit. 3. Art. 10. — Cropp, jurist. Abhandlungen II. S. 574—75. — Berck, Brem. Güterrecht der Ehegatten S. 310. Note 289. — Pauli, Abhandlungen II. S. 93. — Homeyer a. a. O. S. 231—34.

12) Sächs. Landr. B. I. Art. 33. — B. III. Art. 38. §. 2.

13) Homeyer a. a. O. S. 239.

14) Sächs. Landr. B. I. Art. 22. §. 2. „Van deme erve sal man aller irst gelden deme ingesinde ir verdenede lon, als in gebort bit an den dach dat ir herre starf; unde man sal sie halden bit an den drittegesten, dat sie sik mogen bestaden." — Eine allgemeine Bestimmung hat das Sächs. Gesetzb. §. 2249. „Personen, welche mit dem Erblasser bis zu seinem Tode in häuslicher Gemeinschaft lebten und auf seine Kosten unterhalten wurden, sind befugt, bis zum dreißigsten Tage nach dem Tode des Erblassers in dem Gebrauche der Wohnnng und des Hausrathes zu bleiben und den erforderlichen Unterhalt für Rechnung der Erbschaft zu beziehen."

15) Sächs. Gesetzb. §. 2227. — Homeyer a. a. O. S. 261—63.

16) Homeyer a. a. O. S. 192—193. 265—66.

Eine gemeinrechtliche Bedeutung auch nur im Sinne des bedingt subsidiarischen Rechts ist ihm aber kaum beizulegen; doch kommen ähnliche, auf der Sitte beruhende Einrichtungen, welche die Wittwe zur einstweiligen Fortführung der Hauswirthschaft auf Kosten der Erben des verstorbenen Ehemanns ermächtigen, auch sonst noch vor[17]).

III. Bei der Erbtheilung kommt nach einigen, besonders sächsischen Rechsquellen das s. g. Kührrecht vor, indem unter mehreren Miterben der ältere die Theile macht und der jüngere wählt[18]). Doch scheint diese Einrichtung schon nach älterem Rechte mehrfach beschränkt gewesen zu sein, was auch da, wo sie noch vorkommt, in verschiedener Weise der Fall ist[19]).

IV. Für einzelne Particularrechte ist besonders wegen der Concursprivilegien das s. g. Erbegeld von Wichtigkeit, d. h. die Geldsumme, welche jemand für ein auf seinen Antheil gefallenes Erbgrundstück an die Miterben auszuzahlen übernommen hat[20]).

---

17) S. das Erk. des O. A. G.'s. zu Rostock bei Seuffert XXXI. Nr. 44.

18) Sächs. Landr. B. III. Art. 29. §. 2. „Svar so twene man en erve nemen solen, die eldere sal delen unde die jüngere sal kiesen." — Sächs. Weichbild Art. 26. (v. Thüngen Art. 28.) — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 26. — Grimm, deutsche Rechtsalterthümer S. 480.

19) Chursächs. Constitutionen v. 1572. P. III. const. 15. — Eiderstädter Landr. Th II. Art. 16. §. 8. 9. — Haubold, Lehrbuch §. 355 a. — Zachariä, Handbuch des Chursächs. Lehenrechts §. 96. Anm. 1. — Sachse, Handbuch des Großherz. Sächs. Privatrechts §. 467. — Esmarch, Sammlung Schleswig. Statuten S. 171. Das K. Sächsische Gesetzbuch hat das Kührrecht nicht.

20) Pr. A. G. O. Th. I. Tit. 50. §. 458—59. — Haubold a. a. O. §. 354. — Sachse a. a. O. §. 508. — v. Nettelbladt, Rechtssprüche IV. S. 17. — Seuffert I. Nr. 329. XII. Nr. 51. Der Begriff des Erbegelds wird übrigens in den Particularrechten nicht immer in dem oben angegebenen, engen Sinne aufgefaßt, indem es auch auf Geldzahlungen an Personen, welche durch den Erben von der Erbschaft ausgeschlossen sind, bezogen wird. Ueber das Geschichtliche s. C. F. Walch, diss. de privilegio pecuniae hereditariae creditorum in concursu, Jenae 1776. 4. und Opusc. III. p. 370—91. und v. Meibom, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts IV. S. 477—85., welcher das Erbegeld als eine das Grundstück unmittelbar belastende Realschuld auffaßt. Allein abgesehen von besonderen particularrechtlichen Bestimmungen bedarf es zur dinglichen Sicherung der Bestellung eines Pfandrechts beziehungsweise der Eintragung in das Hypothekenbuch; doch beruft die Konkursordnung §. 54. die Kinder und Pflegbefohlenen des Gemeinschuldners in Ansehung ihres gesetzlich der Verwaltung desselben unterworfenen Vermögens in der 5. Klasse der Konkursgläubiger.

§. 140.
Die Erbfolge der Ehegatten.

Es ist bereits bei der Darstellnng des ehelichen Güterrechts gezeigt worden, in wie verschiedener Weise dem überlebenden Ehegatten Vermögensvortheile aus der durch den Tod aufgelösten ehelichen Verbindung erwachsen können. Während das ältere Recht besonders darauf bedacht war, der Frau eine Wittwenversorgung zu sichern, im Uebrigeu aber jedem Theile sein Eingebrachtes vorbehielt, und dem Ueberlebenden nur die fahrende Habe oder beziehungsweise die Errungenschaft ganz oder theilweise zuwandte; machte sich später, und zwar häufig unter Einwirkung der Ehestiftungen besonders im Falle einer kinderlosen Ehe die Richtung geltend, das durch die Auflösung der Ehe begründete Rechtsverhältniß zu vereinfachen, und dem Ueberlebenden an dem vorhandenen Gesammtvermögen einen bestimmten Antheil zuzusprechen oder es ihm auch wohl ganz zu überweisen. Daneben bildete sich dann das Institut der ehelichen Gütergemeinschaft in seinen verschiedenen Erscheinungen aus. Wo dieses galt, wurde nach Auflösung der Gemeinschaft durch den Tod des Einen Ehegatten für den Anderen ein Recht an dem Ehevermögen begründet, welches als eine Folge der früheren Gemeinschaft und nicht als ein Erbrecht aufzufassen ist, und in der Consequenz des Institutes als ein ausschließliches erscheint, häufig aber auf einen Antheil an dem gemeinen Gut in Verbindung mit einem mehr oder weniger ausgedehnten Beisitzrechte beschränkt worden ist. — Auch nach der Aufnahme des römischen Rechts haben sich diese verschiedenen Einrichtungen in Geltung erhalten; doch ist in einigen Gegenden das Dotalrecht an die Stelle des deutschen ehelichen Güterrechts getreten, wobei dann statt der Vermögensvortheile, welche letzteres dem überlebenden Ehegatten sichert, in der Quart der armen Wittwe ein dürftiger Ersatz geboten wird. Es ist aber auch geschehen, daß zwar für die Güterverhältnisse während der Ehe das Dotalrecht maaßgebend wurde, daneben aber ein eheliches Erbrecht seinen Platz fand, welches für den Fall der kinderlosen Ehe sogar nach der Regel: Längst Leib längst Gut, — zu einem ausschließlichen sich gestalten konnte [1]).

Bei dieser großen Mannichfaltigkeit der Einrichtungen, welche sich auf die Nachfolge der Ehegatten beziehen [2]), läßt sich dieselbe ihrem ganzen

---

[1]) Ein Beispiel aus der Stadt Eimbeck s. bei Strube, rechtliche Bedenken I. Nr. 46.

[2]) Eine übersichtliche Darstellung von diesem Theile des Eherechts, die aber weder vollständig noch ganz genau ist, giebt J. A. Hofmann, Handbuch des teutschen Eherechts (Jena 1789.) S. 394—717. Ueber die mit der Gütergemein-

Umfange nach nicht unter gleichartige Regeln bringen; man muß sich vielmehr begnügen, die einzelnen Institute nach den vorher bezeichneten Gruppen auseinander zu halten, und für das, was seiner Natur nach zusammen gehört, die leitenden Rechtsgrundsätze aufzustellen. Zu diesem Behufe wird hier zuvörderst Alles ausgeschieden, was als eine Folge der Gütergemeinschaft erscheint, und in Verbindung mit dieser Lehre bereits seine Darstellung gefunden hat. Unberücksichtigt bleiben ferner die Einrichtungen des römischen Rechts, welche ihrem Gegenstande nach mit der vorliegenden Erörterung zusammen hangen; es ist nur im Allgemeinen zu erwähnen, daß insbesondere die Quart der armen Wittwe auf die Entwickelung einzelner Particularrechte unverkennbar einen gewissen Einfluß ausgeübt hat, indem der Umfang des Erbrechts der Wittwe nach diesem Vorbilde näher festgestellt wurde[3]). Endlich sind auch die immerhin nur seltenen Fälle hier unbeachtet zu lassen, in denen neben dem Dotalrecht ein wechselseitiges Erbrecht der Ehegatten angeordnet ist, welches also nicht als Ausfluß deutschrechtlicher Güterverhältnisse erscheint, wenn auch der tiefere Grund einer solchen Einrichtung in dem Bedürfniß zu suchen ist, die deutsche Rechtsanschauung auf dem Gebiete des Eherechts wenigstens für die Nachfolge von Todes wegen zur Anerkennung zu bringen.

---

schaft in Verbindung stehenden Institute s. Phillips, die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft S. 194 – 214. und überhaupt die oben §. 124. Note * angeführten Werke, namentlich von R. Schröder, P. v. Roth und Neubauer.

3) Chursächs. Constitutionen v. 1572. P. III. const. 20. „Dieweil biß anhero an vielen Orthen in Stätten und Dörffern unserer Lande ungewiß, was dem Weibe, nach Absterben ihres Manns, auß den verlassenen Gütern gebühre, So verordnen, setzen und wollen wir, Wann zwischen Eheleuten Ehestiftungen beredet und auffgericht, oder sonsten deß Orts, da der verstorbene Mann wohnhafftig, wie es dißfals gehalten werden soll, eine Willkühr oder beständige Gewonheit vorhanden unnd eingeführt, Daß denselben nachgelebt und die Wittibe, auß ihres verstorbenen Mannes Gütern, vermöge der Ehestifftung, Willkühr oder Gewonheit, gebürlich abgefunden werden soll. Wo aber diese Dinge ungewiß, und es stirbt der Mann vor seinem Weibe, und liß nach sich Kinder von der ersten unnd andern Ehe, eines oder mehr, so soll sein Weib, ohne Unterschied, ob sie reich oder arm, nach bezahlung der Schulden, auß allen ihres verstorbenen Mannes übrigen Gütern, einen vierten Theil nehmen und haben. Ließ aber der verstorbene Mann keine Kinder, so soll seinem überlebenden Eheweibe auß seiner Verlassenschaft, nach Ablegung der Schulden, ein Drittheil folgen, und die Fraw in beiden Fällen, alle ihre eingebrachte, anererbete und andere Güter, zusambt der Gerade, in die gemeine Theilung zu bringen schuldig seyn. Jedoch soll der Frawen in alle wege freystehen, ob sie zu ihrem eingebrachten Gut, oder aber nach Gelegenheit der Fälle, zu dem vierten oder dritten Theil greiffen will, unnd ihr solche Wahl oder (ohne) Unterschied, es hatte der verstorbene Man Kinder oder nicht, in einem oder dem andern Fall, wie obstehet, gelassen werden."

Nach diesen Ausscheidungen werden im Wesentlichen nur solche Arten der ehelichen Erbfolge übrig bleiben, welche man unter dem Namen der statutarischen Erbgebühr (portio statutaria) zu befassen pflegt, weil sie in ihrer besonderen Begründung nicht auf einer Regel des gemeinen Rechts, sondern auf einer particularrechtlichen Anordnung beruhen[4]). Der Begriff wird freilich bald enger, bald weiter gefaßt, und namentlich zuweilen jeder Vortheil des überlebenden Ehegatten aus dem Nachlasse des verstorbenen, also auch der Beisitz darunter verstanden; doch ist es jedenfalls angemessen, das Institut wenigstens auf die Fälle zu beschränken, in denen wirklich von einer Erbfolge die Rede sein kann, wenn diese sich auch nicht immer als eine Universalsuccession im römischen Sinne darstellt[5]). — Für die statutarische Erbgebühr lassen sich nun, ungeachtet ihrer großen Verschiedenheit im Einzelnen, gewisse allgemeine Rechtsgrundsätze aufstellen, welche im deutschen Gewohnheitsrechte ihre Begründung gefunden haben[6]).

I. Die Einwerfung des eigenen Vermögens von Seiten des überlebenden Ehegatten als Bedingung seiner Erbfolge findet nur ausnahmsweise

---

[4]) Der Name der portio statutaria ist in der Doctrin aufgekommen und findet sich schon bei den Juristen des 17. Jahrhunderts als ein ganz gebräuchlicher; s. D. Mevius ad jus Lub. lib. II. tit. 1. art. 8. — S. Stryke, tractatus de successione ab intestato (zuerst 1687.) diss. IV. cap. 3. De successione conjugum statutaria.

[5]) A. F. H. Posse, Abhandlungen Heft II. (Rostock und Leipzig 1804.) Nr. 3. Ueber die Natur der deutschen Erbgebühr der Ehegatten oder der statutarischen Portion. — Chr. L. Runde, deutsches eheliches Güterrecht S. 234. 237.

[6]) Bei der Aufführung dieser Rechtsgrundsätze in der Lehre von den Erbvertr. II. 2. S. 136 ff. bin ich insofern zu weit gegangen, als ich für einzelne Abweichungen von der gewöhnlichen Instetaterbfolge nach Posse's Vorgange eine gemeinrechtliche Geltung in Anspruch henommen habe, die sich nicht rechtfertigen läßt. Ich meine nämlich die Behauptung, daß der succedirende Ehegatte die Erbschaft nicht anzutreten braucht und daß er für die Schulden des Erblassers von Rechts wegen nicht mit seinem eigenen Vermögen haftet. Natürlich gilt dies aber nur für den Fall, wenn die statutarische Portion wirklich als ein Erbrecht zu betrachten ist, nicht wenn sie einen Vermögensanspruch an den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten darstellt und eine Singularsuccession begründet. Dies ist der richtigen Ansicht nach für die Chursächs. Constitutionen III. 20. („nach Bezahlung der Schulden", s. oben Note 3.) anzunehmen; vgl. B. Carpzov, jurispr. for. P. II. cap. 32. def. 22. — J. F. C. Emminghaus, rechtl. Erörterung der Frage, inwiefern die noch nicht anerkannte statutarische Portion auf die Erben übergehe. Weimar 1784. — Haubold ad Berger. oeconom. jur. II. 4. n. 6. 7. p. 500. add. 516. — Curtius, Handbuch II. §. 878. N. a. Die entgegenstehende Ansicht hat freilich in der neueren sächs. Jurisprudenz das Uebergewicht erlangt, s. Kind, quaest. for. (edit. II.) I. cap. 57. — Haubold, Lehrbuch §. 330. — G. Emminghaus, Pandekten des gem. sächsischen Rechts S. 697. Nr. 17. — Heimbach, Lehrbuch des part. Privatrechts §. 281. Aber die ältere Meinung ist aus wenig haltbaren Gründen verlassen worden.

nach einzelnen Particularrechten statt, und ist nur da anzunehmen, wo sie ausdrücklich vorgeschrieben ist. Denn diese Einrichtung steht mit dem Grundsatze in Widerspruch, daß die statutarische Erbgebühr einen Anspruch auf den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten begründet[7]).

II. Es liegt in der Natur des Institutes und ist auch in der Uebung des Rechtslebens allgemein anerkannt, daß die Erbgebühr des Einen Ehegatten von dem anderen nicht einseitig entzogen oder beschränkt werden darf[8]). Fast alle Particularrechte[9]) und die gemeine Meinung der Juristen[10]) sind dieser Auffassung gefolgt, welche zu dem Ergebniß führt, daß die Erbgebühr als ein Pflichttheilsrecht zu betrachten ist, und unbelastet hinterlassen werden muß, ohne daß sie jedoch den übrigen Bestimmungen des römischen Rechts über das Notherbenrecht unterworfen ist. Insbesondere sind die gemeinrechtlichen Enterbungsgründe ohne die ausdrückliche Anerkennung im Particularrechte hier nicht anwendbar; ebenso wenig berechtigen Gründe, welche eine Ehescheidung herbeiführen können, zur Entziehung der Erbgebühr, während die wirklich vollzogene Scheidung allerdings jeden Anspruch auf dieselbe aufhebt[11]). — Diese eigenthümliche Stellung des Instituts rechtfertigt aber nicht die Annahme, daß die gesetzliche Erbfolge der Ehegatten

---

[7]) S. oben Note 3. und Runde a. a. O. S. 238. Vgl. auch oben §. 125. Note 5. 6.

[8]) Die Ausnahmen von dieser Regel sind sehr selten, s. Schüler, in den juristischen Abhandlungen I. S. 481.; auch trage ich Bedenken, das Solms. Landr. Tit. 28. §. 2. (v. d. Nahmer I. S. 99. 100.) mit Bopp, Zeitschrift für deutsches Recht V. S. 361—65. den von der Regel abweichenden Statuten beizuzählen.

[9]) Chursächs. Constitutionen v. 1572. P. III. const. 7. „Es wird von den Rechtslehrern in gemein gehalten, daß der Mann nicht befugt sey, dem Weibe den dritten oder viertten Theil oder anders, so ihr nach seinem Absterben, vermöge einer Wilkühr oder wohlhergebrachter Gewonheit, auß des Manns Gütern gebühret, gar oder zum Theil zu entwenden, wie dann auch gleicher gestalt, hinwiederumb dem Weibe nicht nachgelassen wird, dasjenige, was dem überlebenden Ehemanne auß ihren Gütern zustehet, durch ein Testament oder andern letzten Willen zu vermindern. Derowegen wollen wir, wann sich solche Fälle zutragen, daß hierauff also in unseren Landen zu recht erkandt und gesprochen werde." — Württemb. Landr. Th. III. Tit. 16. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 631 —33. Vgl. Schüler a. a. O. S. 478 ff.

[10]) Chursächs. Constitutionen a. a. O. — D. Mevius ad jus Lub. lib. II. tit. 1. art. 8. nr. 11 sqq. — Posse a. a. O. S. 203 ff. — Runde a. a. O. S. 375—77. — Seuffert IX. Nr. 186.

[11]) Runde a. a. O. S. 376. — Das Württemb. Landr. Th. III. Tit. 19. läßt die Entziehung der Erbgebühr aus den Gründen der Ehescheidung und der Enterbung von Eltern und Kindern zu, das Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 632. aus den ersteren.

auf einem stillschweigenden Vertrag beruhe und daher nach den Grundsätzen des vertragsmäßigen Erbrechts zu beurtheilen sei[12]).

III. Wenn die Erbgebühr auf bestimmte Sachen oder auf einen in anderer Weise gesetzlich festgestellten Theil des Nachlasses beschränkt ist, so kann der Betrag desselben nur durch die ausdrückliche Verfügung der Ehegatten erhöht werden. Ein Anwachsungsrecht im Verhältniß zu Miterben findet in diesen Fällen nicht statt[13]).

Zweites Kapitel.

Die Erbverträge*).

§. 141.

Stellung der Lehre im Allgemeinen.

Während das römische Recht eine Abänderung der gesetzlichen Erbfolge nur durch letztwillige Verfügungen zuläßt, und jede Einwirkung des Vertrags als den guten Sitten widerstreitend von diesem Gebiete fern hält, ist im heutigen gemeinen Rechte die Geltung des Erbvertrags

---

12) Ueber die entgegenstehende, von Schüler a. a. O. Nr. 14. vertretene Ansicht, vgl. oben §. 39. Nr. II.

13) Auf diese Weise muß mit Runde a. a. O. S. 244. die zu allgemein gefaßte Behauptung von Posse a. a. O. S. 181. beschränkt werden.

*) Hasse, über Erbvertrag, Vertrag über eine fremde Erbschaft, Schenkung Todes halber und wechselseitiges Testament; im rhein. Museum für Jurisprudenz II. Heft 2. S. 149—241. Heft 3. S. 300—366. — III. Heft 1. S. 1—22. Heft 2. S. 239—278. Heft 3. S. 371—418. Heft 4. S. 490—558. — Georg Beseler, die Lehre von den Erbverträgen Th. I. a. u. d. T.: Die Vergabungen von Todes wegen nach dem älteren deutschen Rechte. Göttingen 1835. Th. II. Band 1. ebendas. 1837. Band 2. ebendas. 1840. — Dieck, in der allgemeinen Encyclopädie von Ersch und Gruber XL. S. 393—432. — G. Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten. Braunschweig 1860. — Godofr. Roijaards, het overerfstelling door overeenkomst. Utrecht 1868. Weitläuftige Erörterungen über diese Lehre, welche meistens gegen meine angeführte Schrift gerichtet sind, finden sich bei Trummer, das Hamburgische Erbrecht (Hamburg 1852.) II. S. 191—328. Allein schon der gänzliche Mangel einer wissenschaftlichen Methode in diesen Ausführungen, die zum Theil auf durchaus willkührlichen Behauptungen beruhen, macht ein näheres Eingehen auf dieselben unmöglich. Der Verfasser scheint es sich nicht klar gemacht zu haben, daß wir gegenwärtig ein auf einer Mischung römischer und deutscher Grundsätze beruhendes System des gemeinen Rechts haben. — Die ältere Literatur über die Erbverträge hat durchweg nur ein dogmengeschichtliches Interesse; beispielsweise

vollständig anerkannt, so daß durch ein solches Geschäft ein Erbrecht sowohl bestellt als aufgehoben werden kann. Diese Aufnahme des Erbvertrags als eines allgemein gültigen Geschäfts in das Rechtssystem ist ein Ergebniß des modernen Juristenrechs. An einzelne Institute des deutschen Rechts anknüpfend, und die Regel von der allgemeinen Klagbarkeit der Verträge benutzend, bildete die Theorie der Juristen seit dem siebenzehnten Jahrhundert die Lehre von den Erbverträgen aus, indem sie für dieselbe im bewußten Gegensatze zu den Grundsätzen des römischen Rechts die praktische Geltung erkämpfte. Daß diese Lehre, in einer solchen Allgemeinheit aufgefaßt, im Rechtsbewußtsein des Volkes wurzelt und einem bestimmten Bedürfnisse Abhülfe gebracht hat, läßt sich nicht behaupten; aber wie sie jetzt gestellt ist, kann ihre Begründung im Gewohnheitsrechte nicht in Abrede gestellt werden[1]).

Wenn aber die ältere Theorie auch die Ungültigkeit der Erbverträge im Sinne des römischen Rechts behauptete, so wurde sie in ihrer Polemik doch früh zu einer gewissen systematischen Behandlung der Lehre geführt, und suchte namentlich durch verschiedene Eintheilungen und Unterscheidungen die möglichen Wendungen des Geschäftes im Einzelnen klar zu machen[2]). So unterschied man das pactum successorium affirmativum s. acquisitivum und das p. s. negativum s. renunciativum; das erstere war dann wieder universale oder particulare, und in Betreff der Wirksamkeit wurde das p. s. conservativum und restitutivum s. dispositivum besonders ausgezeichnet; unter dem Letzteren verstand die ältere Theorie jedoch den Vertrag über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten (pactum de hereditate tertii viventis), während später der Erbvertrag zu Gunsten eines Dritten mit jenem Ausdruck bezeichnet ward[3]).

---

nenne ich S. Strykius, tractatus de successione ab intestato diss. VIII. De pactis successoriis. — A. F. Hebenstreit, vindiciae veri valoris pactorum successoriorum tam jure romano quam germanico adversus errores interpretum. Erford. 1768. 4.

[1]) Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. 2. §. 5—7. — Volksrecht und Juristenrecht S. 321. Einen organischen Zusammenhang mit dem älteren Rechte nimmt für diese Lehre Albrecht in Schneider's kritischen Jahrbüchern. 1842. S. 323 ff. in Anspruch, während eine vereinzelte Stimme (Kraus, in der Zeitschrift für deutsches Recht XIII. S. 134 ff.) neulich ihre Gemeinrechtlichkeit wieder bestritten hat. Dieselbe Ansicht findet sich bei Baumeister, Hamburg. Privatrecht II. S. 366., welcher jedoch ihre Begründung nur nach seinem topischen Rechte versucht.

[2]) Eine solche systematische Behandlung der Lehre findet sich schon bei Bartolus ad L. Stipulatio hoc modo concepta. 61. D. de V. O., sowie ad L. fin. C. de pactis.

[3]) Vgl. Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. 2. §. 1.

Das Nähere hierüber, insoweit es überhaupt noch von Interesse ist, gehört der Darstellung des Einzelnen an; hier ist mit Rücksicht auf das System hervorzuheben, daß je nachdem durch den Erbvertrag entweder ein Erbrecht begründet oder aufgehoben wird, derselbe als Erbeinsetzungsvertrag oder Erbverzicht sich darstellt. Beide Arten des Geschäftes sind also auf die Beerbung gerichtet und erfassen nur mittelbar den Nachlaß, indem sie zu den Verträgen gehören, mit denen keine obligatorische Wirkung verbunden ist. Durch den Erbeinsetzungsvertrag insbesondere wird wie durch ein Testament der Anfall einer Erbschaft bewirkt[4]).

Auf einem ganz anderen Gebiete liegt dagegen der Vertrag über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten (Erbschaftsvertrag); derselbe enthält das Versprechen des Erben, die gehoffte Erbschaft für den Fall der Delation herauszugeben, und gehört wie der Erbschaftskauf in das Obligationenrecht[5]). Es ist daher nicht zufällig, daß dieses Geschäft an der allgemeinen Entwickelung der Lehre von den Erbverträgen keinen Theil genommen hat; vielmehr steht es noch im Wesentlichen unter den Regeln des römischen Rechts, indem es ungültig und wirkungslos ist, insofern nicht die Genehmigung des Erblassers, die aber stets von demselben zurückgezogen werden kann, hinzutritt[6]). Nur die Entziehung der Erbschaft wegen Indignität findet nach heutigem Rechte nicht statt[7]), und wenn der Erblasser die Genehmigung in einer Weise ertheilt hat, daß er dadurch selbst zum Mitcontrahenten geworden ist, und beziehungsweise einen Erbeinsetzungsvertrag oder einen Erbverzicht abgeschlossen hat, so ist das Geschäft in diese Form umgesetzt und hat die gewöhnlichen rechtlichen Wirkungen des Erbvertrags[8]).

---

4) Eine abweichende Ansicht über die Bedeutung des Erbeinsetzungsvertrages hat G. Hartmann in der in der Note * angeführten Schrift zu begründen versucht. Von dem Satze ausgehend, daß ein vertragsmäßiges Erbrecht nicht denkbar sei, weil dem Vertrage ein verfolgbares Recht als Gegenstand fehle, löst er den Erbeinsetzungsvertrag in zwei selbständige Geschäfte auf: die testamentarische Erbeseinsetzung und den vertragsmäßigen Verzicht auf die Testirfreiheit. Allein diese, übrigens mit Scharfsinn entwickelte Ansicht steht sowohl mit der römischen als auch mit der deutschen Rechtsanschauung in Widerspruch, und findet in der Geschichte des Instituts auch nicht die geringste Stütze. Das durch den Erbeinsetzungsvertrag begründete Recht ist eben ein Erbrecht, und in soweit geschützt, als die Natur des Vertrages und die Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses es mit sich bringen. Vgl. de Gerber, progr. de pactis hereditariis. Jenae 1862.

5) Hasse a. a. O. II. 2. S. 218 ff.

6) c. ult. C. de pactis.

7) Ich halte die betreffenden Vorschriften des römischen Rechts nicht für recipirt, — freilich gegen die gemeine Meinung, s. das Erk. bei Seuffert XX. Nr. 52.

8) Die beschränkte Gültigkeit des Erbschaftsvertrages rechtfertigt sich nicht nur durch die rechtliche Natur des Institutes, sondern ist auch im positiven Rechte be-

I. Der Erbeinsetzungsvertrag.

§. 142.

a. Begriff und Arten.

Das ältere deutsche Recht kannte so wenig eine Erbeseinsetzung durch Vertrag wie durch Testament[1]), und es war ein freilich sehr folgenreicher Irrthum der Jurisprudenz, wenn sie den berühmten Ausspruch des Tacitus[2]) dahin ergänzte, der Erbeinsetzungsvertrag habe bei unseren Vorfahren stets gegolten, und in der deutschen Treue den Grund für die Rechtsbeständigkeit auch dieses Vertrages suchte. Indessen weisen schon die älteren deutschen Rechtsquellen ein Geschäft auf, durch welches zwar kein Erbe ernannt, aber doch eine ähnliche Wirkung erreicht werden konnte, — die Vergabung von Todes wegen, durch welche einzelne Grundstücke und später auch ein ganzes Vermögen auf einen Fremden übertragen wurde. Eine solche Vergabung, zu deren Vollziehung man sich auch gewisser Mittelspersonen, der Salmannen, bediente, wurde in der Art beschafft, daß der Bedachte ein gegenwärtiges dingliches Recht erhielt, indem der Freigebige ihn in das Gesammteigenthum aufnahm, oder ihm das Eigenthum übertrug, sich selbst aber den lebenslänglichen Nießbrauch des Gutes (Nutz und Gewere) vorbehielt. Erst mit dem Tode des Freigebigen trat also für den Bedachten die volle Wirkung des Geschäftes ein: das ihm eingeräumte beschränke Eigenthum wurde nun

gründet; denn die meisten Particularrechte, wie die gemeine Meinung der Juristen, haben stets die römische Auffassung des Geschäftes festgehalten, so daß eine entgegenstehende deutsche Gewohnheit in diesem Fall nicht behauptet werden kann. Vgl. Sächs. Gesetzbuch §. 2563. „Verträge, welche über die Erbschaft eines bestimmten Dritten bei dessen Lebzeiten geschlossen werden, sind nichtig, ausgenommen, wenn sie mit seiner Einwilligung geschlossen werden und er keine Verfügung trifft, durch welche das den Gegenstand des Vertrages bildende Recht aufgehoben wird." — Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 2. S. 328—45. — Rechtssprüche des O. A. G.'s zu Lübeck bei Seuffert II. Nr. 313. XIII. Nr. 151., zu Celle VIII. Nr. 153. XXX. Nr. 44., zu München XXXI. Nr. 249. zu Dresden XX. Nr. 51. und des Reichsgerichts (Entscheidungen IV. Nr. 36.). A. M. sind Eichhorn, Einleitung §. 341. Note d. — Mittermaier, Grundsätze II. §. 453. Nr. III. und theilweise de Hahn, de auctoritate pacti de hereditate tertii. Heidelb. 1832. Vgl. Erk. des O. A. Gerichts zu Cassel bei Seuffert XIV. Nr. 216. Die Praxis der württembergischen Gerichte läßt bei Verträgen über die Erbschaft eines Verschollenen eine Ausnahme zu, s. v. Hufnagel, Mittheilungen I. Nr. 75., aber auch dagegen spricht die juristische Consequenz, da der Verschollene vor der Todeserklärung noch als lebend betrachtet wird.

[1]) Vgl. oben §. 137.

[2]) Germania cap. 20. Heredes tamen successoresque cuique liberi et nullum testamentum.

ein unbeschränktes. Dies ganze Institut beruht in seinen praktischen Durchführung auf der Auflassung, welche dasselbe durchaus beherrscht und auf dem Gebiete des Sachenrechts und zwar des Rechts am Grundbesitz, festgehalten hat. Bewegliche Sachen konnten nur als Zubehörungen eines Landguts oder als Bestandtheile eines Vermögens zum Gegenstande einer Vergabung gemacht werden, und nur ausnahmsweise wurde im späteren Mittealter auch für sie die Möglichkeit einer solchen Zuwendung erreicht, indem der Freigebige vor Gericht eine Forderung bestellte, welche erst nach seinem Tode von dem Bedachten geltend zu machen war[3]).

Die Vergabung von Todes wegen war noch bis zur Mitte des sechszehnten Jahrhunderts allgemein in Uebung, und ist auch in einige spätere Statuten übergegangen[4]); sie wurde aber allmählich von dem Testamente, welches immer entschiedener die deutsche Praxis beherrschte, verdrängt. Neben demselben kam dann der Erbeinsetzungsvertrag durchweg nur in einem beschränkten Kreise, in welchem er früher schon einen selbständigen Einfluß gewonnen hatte, insbesondere in Ehestiftungen und überhaupt bei Zuwendungen unter Ehegatten zur Anwendung. Einzelne Gesetzgebungen begnügten sich auch, das letztere Geschäft für diesen besonderen Fall anzuerkennen[5]), während andere, der gemeinrechtlichen Theorie folgend, es als eine allgemein gültige Form der Verfügung von Todes wegen neben dem Testamente gelten ließen[6]). In dieser weiteren Bedeutung ist der Erbeinsetzungsvertrag hier zu behandeln.

---

3) Der Darstellung der Vergabung von Todes wegen ist der erste Band meiner Lehre von den Erbverträgen gewidmet, auf welchen hier verwiesen wird; zu vergleichen ist außerdem Albrecht, die Gewere §. 19—21. und Dieck in der allgemeinen Encyclopädie XL. S. 394 ff. Abweichend erklärt das Geschäft Duncker, das Gesammteigenthum §. 8. 9., in dem er annimmt, daß bei demselben durch die Auflassung ein alleiniges, aber bedingtes Eigenthum begründet wurde. Es kam ihm nämlich darauf an, auch in diesem Falle eine Vermögensgemeinschaft, welche sich etwa als Gesammteigenthum auffassen ließe, in Abrede zu stellen. Andererseits behauptet Heusler, die Gewere S. 471 ff. die Widerruflichkeit der Vergabung von Todes wegen, s. oben §. 88. Note 6.

4) Rev. Lüb. Recht B. I. Tit. 6. Art. 2. „Welcher Mann oder Frau, die da keine Kinder mit einander im Ehestand gezeuget haben, vor den Rath treten und ihr Gut gegen einander reciproce doniren und auflassen, ist dann die Frau bevormündet, so ist die Ubergab kräfftig, von ihrem beyderseits erworbenem Gute." — Hamb. Stadtr. Th. III. Tit. 1. Art. 18. — Chursächs. Constitutionen v. 1575. P. III. const. 1. Vgl. Beseler, Lehre von den Erbvertr. II. 1. §. 7.

5) Code civ. art. 1082. 1093. — Oesterr. Gesetzb. §. 1249. Auch die Chursächs. Decisionen v. 1746. Nr. XIII. handeln nur von dem Erbeinsetzungsvertrage unter Ehegatten.

6) Baier. Landr. Th. III. Cap. 11. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 12. Abschn. 2. — Sächs. Gesetzb. §. 2542—59.

Wenn nun auch der Zweck desselben im Allgemeinen dahin angegeben werden kann, daß er ein Erbrecht begründen soll, so bedarf es doch zur genaueren Feststellung des Begriffs noch der Erörterung einzelner Punkte.

I. Der Erbeinsetzungsvertrag ist ein Geschäft von Todes wegen und erscheint, wenn er auch insbesondere bei wechselseitigen Zuwendungen von gewissen Gegenleistungen abhängig gemacht werden kann, in der Regel als eine Freigebigkeit; mit der Schenkung darf er jedoch nicht zusammengestellt werden[7]).

II. Das Erbrecht, welches durch den Erbeinsetzungsvertrag eingeräumt wird, ist das gewöhnliche des gemeinen Rechts. Wird das Geschäft unter Eheleuten abgeschlossen, so unterscheidet es sich schon seinem Begriffe nach von der vertragsmäßigen Bestellung einer bestimmten Art des Güterrechts, welches bereits während der Ehe wirksam sein soll. Aber auch der Erbeinsetzungsvertrag unter Eheleuten bezieht sich nicht nothwendig auf die gemeine Civilerbfolge, sondern kann auf ein besonderes Institut des ehelichen Güterrechts, z. B. die statutarische Erbgebühr gerichtet sein. Ob dieses der Fall und von welcher Beschaffenheit das eingeräumte Erbrecht ist, das muß nach den Regeln über die Auslegung der Verträge näher bestimmt werden. — Außerdem kommen im Adels- und Bauernrechte eigenthümliche Institute vor, z. B. die Erbverbrüderung, die Gutsabtretung, welche mit der Lehre von den Erbverträgen mehr oder weniger zusammenhangen, in ihrer rechten Natur und Bedeutung aber nur in Verbindung mit den allgemeinen Grundsätzen bestimmter Standesverhältnisse erkannt werden können. Sie bleiben daher einer späteren Darstellung vorbehalten.

III. In den so eben bezeichneten Fällen kann es geschehen, daß nach der besonderen Natur des Erbrechts, auf welche sich der Vertrag bezieht, für den Vertragserben nur eine Singularsuccession begründet wird. Es muß auch für rechtlich zulässig gehalten werden, daß in dem Erbeinsetzungsvertrage überhaupt neben dem Hauptgegenstande des Geschäftes noch Beredungen über Vermächtnisse getroffen werden, deren Erfüllung der Vertragserbe übernimmt. Weiter darf man aber nicht gehen, und insbesondere ist die Ansicht, daß auch über einzelne Sachen ein Erbvertrag geschlossen werden könne (der s. g. particuläre oder singuläre Erbvertrag im Gegensatze zu dem universellen), nach der Stellung, welche die Lehre auf Grund ihrer gewohnheitsrechtlichen Ausbildung

[7]) Hasse, rhein. Museum II. 2. S. 211 ff. — Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 1. §. 8.

gegenwärtig einnimmt, nicht zu billigen[8]). Die Vertheidiger jener Ansicht suchen dieselbe entweder auf das Recht der Vergabung von Todes wegen zu stützen, wobei sie übersehen, daß der Erbvertrag nicht mehr, wie das alte Institut, auf der Auflassung beruht; oder sie construiren aus allgemeinen Begriffen eine Vertragsform, welche im Rechtsleben gar nicht zur Erscheinung gekommen ist[9]). Geschäfte, in denen man einen singulären Erbvertrag hat erkennen wollen, werden in der Regel als Schenkungen von Todes wegen aufzufassen sein; geht aber die Absicht des Freigebigen entschieden auf die Einräumung eines unwiderruflichen Rechts an den Bedachten, so ist eine Schenkung unter Lebenden anzunehmen, deren Erfüllung bis nach dem Tode des Ersteren hinausgeschoben worden[10]).

IV. Wechselseitige Erbeinsetzungsverträge, durch welche die Contrahenten sich gegenseitig ein Erbrecht einräumen, kommen, abgesehen von der Erbverbrüderung des hohen Adels, in der Regel nur unter Ehegatten vor[11]), sind aber auch in dieser Anwendung häufig durch das wechselseitige Testament verdrängt worden. Ob ein solches Geschäft als ein zweiseitiger Vertrag aufzufassen oder in zwei selbständige, neben einander bestehende Verträge aufzulösen ist, hängt zunächst von der Absicht der Betheiligten ab, welche der Erwägung des einzelnen Falles zu ent-

---

8) Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 1. S. 22—24. 213—28. — II. 2. S. 108—22. — v. Langenn und Kori, Erörterungen practischer Rechtsfragen II. Nr. 25. — Schwarze, in der Zeitschrift für sächs. Rechtspflege und Verwaltung. N. F. I. Nr. 10. — Gerber, System §. 257. — Seuffert XXIII. Nr. 41.

9) Die erstere Auffassung wird vertreten von Eichhorn, Einleitung §. 344, — Phillips, Grundsätze II. §. 171. — Dieck, allgem. Encyclopädie XL. S. 423 ff., die letztere von Hasse, rhein. Museum III. 1. S. 17 ff. und Bluntschli, hallische Jahrbücher v. 1838. Nr. 165. und deutsches Privatrecht. §. 242.

10) Hartmann Pistoris, quaest. jur. IV. qu. 2. in f. — D. Mevius comm. ad jus Lub. p. I. tit. 6. art. 2. nr. 38 sqq. — idem, decision. VI. dec. 332. — Strube, rechtliche Bedenken II. Nr. 36. Auf diese Lösung weist auch die gerichtliche Auslobung einer Schuld von Todes wegen hin, welche im sächsischen Städterecht sich ausbildete; zur Begründung eines singulären Erbvertrages, wie Albrecht, Gewere S. 204. (vgl. kritische Jahrbücher v. 1842. S. 327 ff.) es thut, kann jenes Geschäft nicht benutzt werden. Die neuere Jurisprudenz ist indessen geneigt, den s. g. particulären Erbvertrag als selbständiges Geschäft nicht blos dem Vertragserben gegenüber, sondern auch in dem Sinne anzuerkennen, daß der Intestaterbe dadurch belastet wird, s. Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen §. 10. 11. — Kugelmann, gemeinrechtliche Begründung des partikulären Erbvertrags. Erlang. 1877. — Seuffert XXVII. Nr. 41. XXIX. Nr. 249. XXXI. Nr. 154. XXXIII. Nr. 317. S. dagegen Pfizer bei v. Kübel nnd v. Sarwey, württembergisches Archiv XVI. S. 38—42.

11) S. jedoch Pütter, auserlesene Rechtsfälle III. Nr. 258.

nehmen ist. Hat aber, wie dies fast immer geschieht, die wechselseitige Erbeseinsetzung auf Grund einer vorher gegangenen Beredung in Einem Acte stattgefunden, so muß im Zweifel ein einziger, zweiseitiger Vertrag angenommen werden, wovon die Folge ist, daß die Ungültigkeit der Einen Erbeseinsetzung auch die der andern nach sich zieht[12]). Unter Ehegatten, welche in Gütergemeinschaft leben, wird dies Geschäft wie das wechselseitige Testament gebraucht, um über die Dauer der Ehe hinaus eine gemeinsame Verfügung über das Sammtgut zu treffen.

V. Die allgemeinen Regeln, welche nach heutigem Rechte über die zu Gunsten dritter Personen abgeschlossenen Verträge gelten[13]), kommen auch für den Erbeinsetzungsvertrag zur Anwendung. Gerade in Beziehung auf dieses Geschäft ist die Abweichung von dem entgegenstehenden Prinzip der römichen Vertragslehre gewohnheitsrechtlich so fest begründet, daß auch diejenigen, welche dieselbe im Allgemeinen nicht anerkennen, sie doch hier für gerechtfertigt halten[14]). Ein solcher Vertrag zu Gunsten eines Dritten liegt namentlich dann vor, wenn der Vertragserbe sich verpflichtet hat, die Erbschaft ganz oder theilweise an einen Anderen, welcher an dem Geschäfte keinen Theil genommen hat, wieder herauszugeben; es ist dies der s. g. restitutive Erbvertrag, durch welchen ein Fideicommiß bestellt wird[15]). Bei der Errichtung eines Familienfideicommisses kommen jedoch noch besondere Gesichtspunkte zur Erwägung; vgl. unten §. 182.

§. 143.

b. Form und Wirkungen.

A. Die Regel des heutigen gemeinen Rechts, daß es zur Gültigkeit eines Vertrags keiner besonderen Form bedürfe, hatte sich schon festgesetzt, als der Erbeinsetzungsvertrag in der Jurisprudenz ausgebildet ward, und kam auch für dies letztere Geschäft zur Anwendung. So unangemessen diese Einrichtung ist, so läßt sie sich doch nicht aus Zweckmäßigkeitsgründen aus dem positiven Rechte entfernen, und namentlich

12) Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 1. S. 228–31. — Koch, Lehrbuch des Preußischen gemeinen Privatrechts II. §. 837. Nr. 2.

13) S. oben §. 108. Nr. III.

14) Eichhorn, Einleitung §. 343. Nr. IV. — Buchka, die Lehre von der Stellvertretung S. 194 ff. — Seuffert V. Nr. 299. XXIII. Nr. 220. — Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Commentar XXXVIII. S. 68 ff. sucht sich durch die Analogie der donatio sub modo zu helfen.

15) Beseler, Lehre von den Erbvertr. II. 1. S. 231–33. — II. 2. S. 93 ff. (die erste Stelle ist von Buchka a. a. O. S. 195. ganz mißverstanden worden). — Seuffert VII. Nr. 68.

ist der Versuch, den Eichhorn[1]) gemacht hat, die schriftliche Abschließung als nothwendig darzustellen, für mißlungen zu halten[2]). Particularrechte haben hier jedoch nachgeholfen, und entweder für den Erbeinsetzungsvertrag überhaupt[3]) oder für einzelne Arten desselben, namentlich wenn er in Ehestiftungen vorkommt[4]), bestimmte Formen vorgeschrieben.

B. Die rechtliche Natur des Erbeinsetzungsvertrags ist zunächst nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragslehre zu bestimmen. Der besondere Gegenstand des Geschäftes aber, welches sich auf die Beerbung bezieht, indem es wie das Testament den Anfall eines Erbrechts begründet, bietet für die Rechtsentwickelung gewisse Gesichtspunkte dar, ohne deren gehörige Berücksichtigung das Institut sich nicht seinem Wesen und seiner Stellung im Rechtssysteme gemäß construiren läßt. Neben der Lehre von den Verträgen ist daher auch die von den Testamenten, insoweit sie sich auf den Inhalt des Geschäftes und nicht allein auf dessen Form bezieht, für die Ausbildung des Erbeinsetzungsvertrags maaßgebend geworden; nur irrt man sich freilich sehr, wenn man glaubt, die eigenthümliche Stellung desselben richtig bezeichnet zu haben, wenn man es ein unwiderrufliches Testament nennt[5]). Folgende Punkte sind hier besonders hervorzuheben[6]).

---

1) Einleitung §. 342. — Bluntschli, deutsches Privatrecht §. 241. verlangt sogar gerichtliche oder Testamentsform.

2) Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 1. §. 2. Nr. I. — §. 9. Vgl. die Erk. bei Seuffert III. Nr. 265. VIII. Nr. 152. IX. Nr. 48. XII. Nr. 170. XIV. Nr. 241. XIX. Nr. 167. XX. Nr. 146. — R. G. VIII. Nr. 33.

3) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 12. 621. „Erbverträge müssen wie Testamente gerichtlich abgeschlossen, oder von beyden Theilen persönlich den Gerichten übergeben werden." — Oesterr. Gesetzb. §. 1249. „Zwischen Ehegatten kann auch ein Erbvertrag, wodurch der künftige Nachlaß oder ein Theil desselben versprochen, und das Versprechen angenommen wird, geschlossen werden. Zur Gültigkeit eines solchen Vertrages ist jedoch nothwendig, daß er schriftlich mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testaments errichtet werde." — Sächs. Gesetzb. §. 2546. „Ein Erbvertrag ist nur gültig, wenn bei dessen Errichtung die Formen des gerichtlichen letzten Willens beobachtet werden sind." Vgl. Bornemann, systemat. Darstellung VI. S. 140—42. — Winiwarter, in Wagner's Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrsamkeit. Jahrg. 1825. I. Nr. 22. §. 3. — Unger, das österr. Erbrecht (Bd. 6. des Systems) §. 26. Note 10.

4) S. oben §. 121. Nr. 15—19.

5) Nach Hartmann, zur Lehre von den Erbvertr. S. 121. soll überhaupt der Grundsatz gelten, daß das unwiderrufliche Testament mit dem Erbvertrage, der widerrufliche Erbvertrag mit dem Testamente zusammenfällt. Allein den Begriff des unwiderruflichen Testaments und überhaupt die Möglichkeit des pactum de non mutando testamento gewinnt er nur durch seine unhaltbare Construction des Erbeinsetzungsvertrages; ein Vertrag ferner und also auch ein Erbeinsetzungsvertrag, welcher in Folge einer besonderen Vereinbarung von der Einen Seite aufgehoben werden kann, wird dadurch noch nicht zu einem einseitigen Willensakte.

6) Vgl. überhaupt Beseler, Lehre von den Erbvertr. II. 1. §. 10.

I. Die Contrahenten müssen befähigt sein, einen Vertrag gültig abzuschließen, und außerdem die testamenti factio haben. Für den Vertragserben wird daher erfordert, daß er successionsfähig ist, für den Erblasser, daß er eine Erbeseinsetzung gültig vornehmen kann. Ist letzterer noch minderjährig, so bedarf es der Zustimmung des Vormundes zur Rechtsbeständigkeit des Geschäftes[7]).

II. Die Unwiderruflichkeit des Erbeinsetzungsvertrags ist mit dem Begriff des Vertrages selbst gesetzt, und wird gegenwärtig von keiner Seite bezweifelt. Insbesondere gilt dies auch von dem Fall, wenn das Geschäft in einer Ehestiftung vorkommt, und die s. g. pacta dotalia mixta, welche von der älteren Theorie im Gegensatze zu den unwiderruflichen Eheverträgen, welche man pacta dotalia simplicia nannte, als letztwillige Verfügungen behandelt wurden, haben sich nur noch in wenigen Particularrechten erhalten[8]). Für das gemeine Recht ist dieser Unterscheidung keine praktische Bedeutung mehr beizulegen[9]). Der Erblasser kann daher weder unmittelbar noch mittelbar durch eine entgegenstehende Anordnung den Erbvertrag aufheben; nur wenn er sich vorbehalten hat, über einzelne Sachen oder eine Quote der Erbschaft anderweitig zu verfügen, bleibt ihm diese Befugniß gewahrt. Hat er aber von dem Vorbehalt keinen Gebrauch gemacht, so gelangt der Nachlaß ungeschmälert an den Vertragserben[10]).

---

7) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 618. „Wer Erbverträge schließen will, muß mit den Eigenschaften versehen seyn, welche sowohl zur Errichtung eines Testaments, als zur Abschließung eines Vertrags erforderlich sind. §. 619. Ermangeln dem Versprechenden die zum gültigen Contrahiren erforderlichen Eigenschaften, so gilt der Erbvertrag auch nicht als eine einseitige letztwillige Verordnung, wenn gleich zu dieser letztern der Contrahent an sich nach den Gesetzen fähig wäre.“ — Eichhorn, Einleitung §. 343. — Dieck, in der allg. Encyclopädie XL. S. 410. Abweichend von der gemeinen Meinung, daß der Vormund des Promittenten seine Zustimmung gegeben haben müsse, wenn das Geschäft rechtsbeständig sein soll, wird im Archiv für oldenburg. Recht I. Nr. 9. die Ansicht vertreten, daß im Fall der fehlenden Zustimmung der Minderjährige nur das Recht des Rücktritts habe. Allein diese Entscheidung erscheint weder consequent noch durch ein praktisches Bedürfniß geboten. — Eines obrigkeitlichen Decrets bedarf es jedoch zur Gültigkeit des Geschäftes nicht, da es keine Veräußerung enthält; s. Seuffert IV. Nr. 243. — Nach dem Sächs. Gesetzbuch §. 2545. ist den für ihre Person Bevormundeten das Recht durch Erbvertrag zu verfügen, auch nicht mit Einwilligung ihrer Vormünder gestattet.

8) Solms. Landr. Tit. 18. (v. d. Nahmer I. S. 45.) — Frankfurt Reformation Th. III. Tit. 2. §. 4. 5.

9) Die richtige Ansicht ist bereits von J. H. Boehmer. exercitt. ad pand. IV. ex. 71. vertreten. Vgl. überhaupt Beseler, Lehre von den Erbvertr. II. 1. §. 14.

10) Pufendorf, observatt. jur. IV. obs. 48. — v. Cramer, Wetzlarische Nebenstunden XI. Nr. 8. Uebrigens ist natürlich vorauszusetzen, daß der Erbver-

III. Wer sich vertragsmäßig einen Erben bestellt, verzichtet dadurch nicht auf die freie Herrschaft über sein Vermögen. Insofern er also nicht arglistig gegen den Zweck des Geschäftes handelt, ist er in den Verfügungen unter Lebenden nicht beschränkt[11]); ja selbst Schenkungen auf den Todesfall, deren Natur darin besteht, daß sie unabhängig von der Beerbung den Nachlaß belasten, sind ihm consequenter Weise nicht unbedingt zu versagen. Doch ist die deutsche Jurisprudenz gegen diese Ausdehnung des Verfügungsrechts, während die ältere französische die Schenkungen unter Lebenden und auf den Todesfall gleich behandelte[12]).

IV. Was die Bedingungen der Erbeinsetzung betrifft, so kommt die Testamentslehre zur Anwendung, insoweit die Regel: semel heres semper heres für dieselbe maaßgebend ist; im Uebrigen und namentlich auch hinsichtlich der s. g. captatorischen Bedingungen sprechen überwiegende Gründe für die Anwendung der Grundsätze, welche für die Verträge gelten[13]).

V. Da durch den Erbeinsetzungsvertrag kein gegenwärtiges Recht an dem Vermögen des Erblassers begründet, sondern nur der Anfall einer

---

trag überhaupt gültig bleibt; denn wenn er aus irgend einem Grunde z. B. weil der Vertragserbe vor dem Erblasser gestorben ist oder die Erbschaft ausschlägt, weggefallen ist, so steht er einer von dem Erblasser später getroffenen Verfügung nicht entgegen; vgl. das Erk. des O. A. Gerichts zu Oldenburg bei Seuffert XVIII. Nr. 88. — R. G. IV. Nr. 50.

11) Chursächs. Decisionen v. 1746. Nr. 13. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 624. — Oesterr. Gesetzb. §. 1252. — Sächs. Gesetzb. §. 2548. Letzteres läßt bestimmt vorgesehene Veräußerungsbeschränkungen zu, und ein Erk. des O. A. Gerichts zu Lübeck (bei Seuffert IX. Nr. 22.) hält im Falle des Verdachts einer arglistigen Veräußerung zum Nachtheile des Vertragserben ein Pönalmandat für gerechtfertigt. Jedenfalls wird unter Umständen eine Protestation angezeigt und die Rückforderung des arglistig Veräußerten gerechtfertigt sein; vgl. Lehre von den Erbvertr. II. 1. S. 257 ff. — Seuffert XVII. Nr. 261. XXIX. Nr. 44 XXXII. Nr. 58. 255.

12) Merlin, répertoire de jurispr. s. v. institution contract. §. 8. Nr. IX. X. Vgl. Zachariae, liber quaestionum Nr. 17. — Dieck a. a. O. S. 419—20. — Seuffert XXIX. Nr. 44.

13) Lehre von den Erbvertr. II. 1. S. 268 ff. — Seuffert XXXI. Nr. 150. Die neuere Gesetzgebung folgt ohne weitere Unterscheidung bald dem Einen bald dem anderen Princip; s. Pr. A. L. R. a. a. O. §. 647. „So weit Testamente wegen nicht eintreffender Bedingungen — — entkräftet oder vereitelt werden; so weit werden unter eben den Umständen auch Erbverträge rückgängig." Vgl. Scharnweber, der letzte Wille und der Erbvertrag. Potsdam 1861. — Oesterr. Gesetzb. §. 1251. „Was von Bedingungen bei Verträgen überhaupt gesagt worden ist, muß auch auf Erbverträge zwischen Ehegatten angewendet werden." — Sächs. Gesetzb. §. 2549. „Die Erwerbung von Erbschaften, Vermächtnissen und Anwartschaften aus einem Erbvertrage, insbesondere die Wirkung beigefügter Bedingungen, ist nach den Vorschriften über die Erbfolge aus einem letzten Willen zu beurtheilen."

Erbschaft vermittelt wird, so bedarf es für den Vertragserben der Antretung, um wirklich zur Succession zu gelangen[14]). Dem Zwecke des Geschäftes nach ist er aber zu einer solchen Handlung nicht verpflichtet; er kann die Erbschaft ausschlagen, oder mit der Wohlthat des Inventars antreten. Dagegen darf er nach Analogie des Edicts: Si quis omissa causa testamenti die Erbschaft aus dem Erbvertrage nicht aus eigennütziger Absicht ausschlagen, um sie als gesetzlicher Erbe anzutreten[15]).

VI. Der Vertragserbe hat die Pflichten eines gemeinrechtlichen Erben, namentlich in Betreff der Schuldenzahlung zu erfüllen, kann aber auch die Rechte desselben in Anspruch nehmen, insoweit nicht die Natur des Vertrags eine Abweichung nothwendig macht. Aus diesem Grunde ist der Vertragserbe nicht befugt, die Falcidische und Trebellianische Quart abzuziehen, da er die volle Auszahlung der Vermächtnisse und beziehungsweise die ungeschmälerte Restitution freiwillig übernommen hat[16]). Ebensowenig kommt ihm das Anwachsungsrecht zu, da die Regel: Nemo pro parte testatus u. s. w. für den Fall des Zusammentreffens der vertragsmäßigen Erbfolge mit der gesetzlichen oder testamentarischen nicht gilt[17]). Die Möglichkeit einer stillschweigenden Substitution muß jedoch zugelassen werden: ob eine solche ausnahmsweise anzunehmen, ist nach den Regeln über die Auslegung der Verträge zu bestimmen[18]).

VII. Der Vertragserbe hat die gewöhnlichen Erschaftsklagen, wie der Testamentserbe, insbesondere die hereditatis petitio, welche in dieser Anwendung pactitia oder conventionalis genannt wird. Das remedium ex L. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo aber, welches ein in formeller

---

14) Beseler, Lehre von den Erbv. II. 1. S. 270 ff. Die in dem Erk. bei Seuffert XXII. Nr. 249. ausgeführte abweichende Ansicht entspricht nicht der geschichtlichen Entwickelung des Institutes, vgl. R. G. IV. Nr. 50.

15) Vgl. Pr. A. L. R. a. a. O. §. 642. — Sächs. Gesetzb. §. 2550. Dasselbe Princip kommt auch für Ehegatten in Betreff der statutarischen Erbgebühr zur Anwendung; s. Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 2. S. 146. — Seuffert V. Nr. 201.

16) Zu einem andern Resultat kommt Albrecht, kritische Jahrbücher v. 1842. S. 339—40., indem er sich auf den Grundsatz beruft, daß Verzichte nicht präsumirt werden. Aber von einem Verzichte handelt es sich hierbei nicht; vgl. Gerber, System §. 259. Seuffert XXIX. Nr. 249. Die cautio fideicommissorum servandorum causa muß dagegen auch von dem Vertragserben bestellt werden; s. Seuffert V. Nr. 206.

17) Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Commentar XXXVIII. S. 80 —84. 336—49.

18) Beseler a. a. O. II. 1. S. 277. Weiter geht Dieck, allg. Encyclopädie XL. S. 423., indem er überhaupt den conjunctim eingesetzten Vertragserben das Anwachsungsrecht zuspricht.

Hinsicht fehlerfreies Testament voraussetzt, ist ihm nur dann einzuräumen, wenn er einen in Testamentsform abgeschlossenen Erbvertrag vorzeigen kann[19]).

§. 144.

c. Gründe zur Aufhebung.

Die allgemeinen Gründe, aus denen ein Vertrag überhaupt aufgehoben werden kann, z. B. der Vorbehalt des Rücktritts[1]), äußern auch bei dem Erbeinsetzungsvertrage ihre regelmäßige Wirkung; es kommen aber außerdem bei demselben noch ganz besondere Beziehungen in Betracht[2]).

I. Allgemein wird angenommen, und dafür besteht auch ein festes Gewohnheitsrecht, daß der Erbeinsetzungsvertrag sich nicht außerhalb der Einwirkung des römischen Notherbenrechts befindet[3]); über die Art und den Umfang dieser Einwirkung gehen jedoch die Ansichten auseinander. Einige nämlich folgen der Analogie der lieblosen Schenkung, und legen der Verletzung des Notherbenrechts durch den Erbeinsetzungsvertrag nur die Wirkung bei, daß eine Klage auf den Pflichttheil oder beziehungsweise dessen Ergänzung dadurch begründet wird[4]); andere dagegen halten die für das Testament geltenden Rechtsgrundsätze in ihrer ganzen Strenge auch in Beziehung auf den Erbeinsetzungsvertrag für anwendbar[5]). Die

---

19) Andere sind weniger streng, s. Leyser, meditt. ad pand. Sp. 43. med. 5. in f. — Pufendorf, observatt. jur. II. obs. 40. §. 2. — Thibaut, System II. §. 895. Note g.

1) Ein solcher Vorbehalt macht aber den Erbvertrag noch nicht zum Testamente, wie das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 635. vorschreibt; denn der Unterschied zwischen beiden Geschäften besteht nicht allein darin, daß das Eine widerruflich, das Andere unwiderruflich ist.

2) Vgl. im Allgemeinen Beseler, Lehre von deu Erbvertr. II. 1. §. 11.

3) J. H. Mayer, diss. an et quatenus principia juris romani de successione necessaria etiam ad pacta successoria applicari possint. Gotting. 1805.

4) Freiburger Stadtr. v. 1520. Tract. III. Tit. 2. — „Der Kinder Pflichttheil unvergriffen"—. — Baier. Landr. Th. III. Cap. 11. §. 1. Nr. 7. 13. — v. Kreittmayr, Anmerkungen a. a. O. Nr. 6. — C. F. Hommel, rhaps. quaestion. I. Nr. 203. in f. — Eichhorn, Einleitung §. 383. Nr. II. — Mittermaier, Grundsätze II. §. 454. Nr. X. — Dieck a. a. O. S. 421. — v. Roth, Bayr. Civilr. III. S. 484—86.

5) B. Carpzov, jurispr. for. P. III. const. 1. def. 8. — S. Strykius, tractatus de success. ab intestato. Diss. VIII. cap. 5. §. 42. — Pufendorf, observatt. jur. II. obs. 173. §. 2. III. obs. 23. §. 3. — Strube, rechtliche Bedenken V. Nr. 125. — G. L. Böhmer, auserlesene Rechtsfälle I. Nr. 88. — Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Commentar XXXV. S. 83. 84. XXXVIII. S. 59 ff. — Beseler a. a. O. S. 294—300. — v. Gerber, System §. 260. Auch die neueren Gesetzbücher behandeln in der Lehre vom Notherbenrechte

letztere Ansicht hat die Consequenz des Instituts für sich. Das römische Recht stellt den Grundsatz auf, daß nicht nur das Pflichttheilsrecht unbedingt geschützt werden soll, sondern der Notherbe den Anspruch hat, als Erbe eingesetzt zu werden, und daß seine Uebergehung das Testament rumpirt. Als nun der Erbvertrag seit dem Ende des siebenzehnten Jahrhunderts als ein gemeinrechtlich begründetes Institut allgemein anerkannt ward, war es angezeigt, daß dieser Grundsatz auch für den Erbeinsetzungsvertrag zur Geltung kam, da es sich hier nicht um die Form des Testaments, sondern um ein materiell wichtiges Prinzip handelt. Daß die entgegengesetzte Ansicht ihre Vertretung fand, erklärt sich daraus, daß die ältere Jurisprudenz den Erbeinsetzungsvertrag nicht als ein Geschäft über die Beerbung auffaßte, sondern ein gegenwärtiges Vermögensrecht dadurch begründen ließ. Dies zeigte sich, wie in Betreff der Erbesantretung und der Transmission der deferirten Erbschaft, auch bei der Anwendung der Analogie der lieblosen Schenkung wirksam[6]).

Eine Enterbung kann in dem Erbvertrag in gültiger Weise nicht vorgenommen werden, selbst wenn die Form des Testamentes für denselben angewandt worden ist; denn gerade die Widerruflichkeit des letzteren Geschäftes enthält eine wesentliche Milderung der Lehre von der Enterbung, welche eine ganz neue, unserem Rechtssysteme fremde Bedeutung bekommen würde, wenn sie auch vertragsmäßig mit einem Dritten festgestellt werden könnte[7]).

II. Von der größten praktischen Bedeutung ist die Frage, ob das Recht des Vertragserben auf die Nachfolge erlischt, wenn er vor dem Erblasser stirbt, oder ob er dasselbe auf seine Erben weiter überträgt. Der wechselseitige Erbeinsetzungsvertrag, nach welchem der Längstlebende

---

die Testamente und Erbeinsetzungsverträge gleich, s. Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 481—82. vgl. Tit. 1. §. 444. — Oesterr. Gesetzb. §. 1254. — Sächs. Gesetzb. §. 2600.

[6]) Vgl. Archiv für oldenburg. Recht III. Nr. 4., wo auch die Bedeutung der Parömie „Kinderzeugen bricht Ehestiftung" erwogen ist. Die Praxis der obersten Gerichtshöfe ist freilich, nach den veröffentlichten Erkenntnissen zu schließen, für die Analogie der lieblosen Schenkung, wenn auch durchweg ohne nähere Begründung, s. Seuffert IV. Nr. 243. V. Nr 36. XI. Nr. 64. (Celle, abweichend ein älteres Erk. I. Nr. 89.) IV. Nr. 138. (Darmstadt) VII. Nr. 76. (Lübeck in einem Erk. v. J. 1825., welches a. a. O. Nr. 68. den Erbeinsetzungsvertrag zu Gunsten eines Dritten verwirft) XX. Nr. 147. (Kassel) XXXI. Nr. 151. (München). Dieser Ansicht hat sich auch das Reichsgericht (XI. Nr. 44.) angeschlossen. Es verkennt die materiell rechtliche Bedeutung des römischen Rechtsgrundsatzes und giebt eine Deduction aus der Vertragsnatur des Erbeinsetzungsvertrages, welche schon deswegen verfehlt ist, weil sie nur den obligatorischen Vertrag ins Auge faßt.

[7]) Dies gegen Dieck a. a. O. S. 421.

von den Contrahenten zur Succession gelangt, kommt hierbei nicht in Betracht, und auch der Fall, wenn die Erben des Vertragserben ihm substituirt sind, erregt weiter keine Schwierigkeit; aber die principielle Erledigung der Frage im Allgemeinen ist sehr bestritten. Manche Juristen können sich nämlich von der Vorstellung nicht trennen, daß der vertragsmäßige Anspruch auf die Erbfolge als ein gegenwärtiges Vermögensrecht zu betrachten sei, und so wie sie dadurch zu der Annahme verleitet werden, daß es für den Vertragserben keiner Antretung der angefallenen Erbschaft bedürfe, so behaupten sie auch, daß derselbe, wenn er vor dem Erblasser stirbt, sein Recht auf seine Erben überträgt[8]). Es müssen aber nach dem Wesen des Institutes, mit welchem die Absicht der Contrahenten in der Regel durchaus übereinstimmt, die allgemeinen Regeln über die Transmission der Erbschaft auch hier zur Anwendung gebracht werden, so daß durch den früheren Tod des Vertragserben die Erbeseinsetzung wirkungslos wird[9]). Mit dieser Auffassung, welche auch die weitere Verfügung des Vertragserben über das ihm bestellte Erbrecht ausschließt, stimmen die neueren Gesetzbücher überein[10])

III. Nach einer früher sehr verbreiteten Ansicht sollten nachgeborene Kinder den Erbeinsetzungsvertrag von Rechtswegen aufheben. Allein die Herbeiziehung einer singulären Bestimmung aus der Schenkungslehre, auf welche man sich deswegen berief, ist durchaus ungerechtfertigt[11]). Auch für die Erbeseinsetzung in Ehestiftungen hat die Geburt von Kindern nur insofern eine rechtliche Wirkung, als es sich um die Verletzung eines Notherbenrechts handelt; in diesem Sinne ist das Sprichwort: Kinderzeugen bricht Ehestiftung, zu erklären[12]). — Ebensowenig ist der Wider-

---

8) J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. II. ex. 31. cap. 2. §. 11. nr. 7. 10. — Mittermaier, Grundsätze II. §. 454. Nr. XVII. — Dieck a. a. O. S. 417 ff. Eine unhaltbare Mittelmeinung (Eichhorn, Einleitung §. 344.) stellt Alles auf die Absicht der Contrahenten.

9) C. G. Biener, opuscula academica, edd. F. A. Biener, II. Nr. 37. (quaest. cap. XLI.) — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen IV. Nr. 71. — Gerber, System §. 206. — Seuffert XII. Nr. 171. XVI. Nr. 103. S. 178.

10) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 367. — Oesterr. Gesetzb. §. 1252. — Sächs. Gesetzb. §. 2551. — Code civ. art. 1089.

11) Man berief sich auf c. 8. C. de revocandis donationibus. Die richtige Ansicht haben Eichhorn, Einleitung §. 345. — Mühlenbruch, in der Fortsetzung von Glück's Commentar XXXVIII. S. 60. Note 38. Auch nach dem alten Recht hatte die Parömie nur die Bedeutung, daß der Ehevertrag das selbständig begründete Recht der Kinder nicht verletzen durfte, was von Schröder (Geschichte des ehelichen Güterrechts II. 3. S. 331.) nicht bestimmt genug ausgedrückt ist.

12) Beseler, Lehre von den Erbertr. II. 2. S. 143 ff. — Lebr. Dreves, das Recht der Erbgüter S. 127. Note *. — Seuffert VII. Nr. 64.

ruf eines Erbeinsetzungsvertrags wegen Undankbarkeit zulässig; doch ließe sich vielleicht unter besonders erschwerenden Umständen die Aufhebung des Vertrags durch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtfertigen [13]).

§. 145.

II. Der Erbverzicht.

Im salischen Volksrechte kommt ein Geschäft vor, durch welches jemand sich von seiner Familie in allen ihren Beziehungen und also auch von dem Erbrechte lossagt [1]); aber der eigentliche Erbverzicht, welcher nur eine Entäußerung des Erbrechts enthält, findet sich erst in den Rechtsquellen der zweiten Periode erwähnt. Als namentlich das Beispruchsrecht der nächsten Erben aufkam, stellte sich die Zustimmung derselben zu Veräußerungen im Wesentlichen als ein Erbverzicht dar; außerdem wurde das Geschäft besonders gebräuchlich bei der Absonderung der Kinder aus der Were, und vornehmlich in den adlichen Familien benutzt, um das Vermögen durch die Ausschließung weiblicher Erbrechte bei dem Mannsstamme zu erhalten. Als ein allgemein wirksames Institut ist der Erbverzicht in dem einheimischen Rechte nicht ausgebildet worden; in seiner späteren Entwickelung nahm er aber Theil an den Schicksalen, welche die Lehre von den Erbverträgen in der Doctrin erfuhr. Anfangs den Grundsätzen des römischen Rechts gemäß für ungültig erklärt, wurde er allmählich unter gewissen Voraussetzungen als rechtsbeständig anerkannt, und seit der Mitte des siebenzehnten Jahrhunderts gleich dem Erbeinsetzungsvertrage zu den allgemein gültigen Rechtsgeschäften gezählt [2]).

I. Die ältere Theorie bezog den Erbverzicht nicht auf die Beerbung, sondern auf den Nachlaß, und nahm die stillschweigende Bedingung in das Geschäft auf: Si hereditas fuerit delata. Sie legte demselben daher nur eine obligatorische Wirkung bei. Diese Auffassung entsprach aber nicht dem Zweck des Institutes, wie es sich besonders im Familienrechte des Adels ausgebildet hatte, und widerstrebte auch der

---

13) Vgl. Burchardi, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand §. 7.

1) L. Sal. (Behrend) tit. LX. De eum qui se de parentilla tollere vult. Vgl. C. A. Feuerbach, de universali fidejussione (Onoldi 1826.) p. 76—79.

2) Ueber die Geschichte des Erbverzichts s. überhaupt Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 1. §. 5. 6. — II. 2. §. 24. 26. Schon D. Mevius (Decision. III. dec. 270.) gab auch für den unbeschworenen Erbverzicht fundatam intentionem. Sic in Germania hodie per mores vulgatum est, ut non attenta amplius juris civilis veteris constitutione pacta successoria valeant, nec juxta hanc amplius jus dicatur, nisi ubi receptum reperitur. Non probata reliqua juris civilis observantia mores sequimur.

systematischen Entwickelung, welche für die Lehre von den Erbverträgen in unserem Rechte durchgeführt worden ist. Der Erbverzicht ist vielmehr wie der Erbeinsetzungsvertrag unmittelbar auf die Beerbung gerichtet, indem er das Erbrecht, um welches es sich handelt, aufhebt, also vertragsmäßig eine Enterbung des Renuncianten begründet[3]). In diesem Sinne hat auch die neuere Gesetzgebung das Geschäft aufgefaßt[4]).

II. Eine bestimmte Form des Erbverzichtes wird nach heutigem gemeinen Rechte nicht gefordert. Das ältere deutsche Recht hatte auch hier die Gerichtlichkeit[5]) und das canonische Recht schrieb, um das Geschäft gegen das römische Verbot aufrecht zu erhalten, die eidliche Verstärkung vor[6]); aber mit der allgemeinen Anerkennung desselben verlor diese Bestimmung ihre Bedeutung und wurde nicht weiter beachtet[7]).

---

[3]) Daher hat Hasse, rhein. Museum II. S. 151. für das Geschäft die Bezeichnung Enterbungsvertrag gewählt. Die älteren Abhandlungen über den Erbverzicht hat J. Schilter gesammelt unter dem Titel: tractatus praecipui de renunciationibus. Argentor. 1701. 4. Es sind unter denselben besonders die Arbeiten von H. Giphanius (de renunciationibus tractatus) und Barth. Kellenbenz (de renunciatione successionum — — quaestiones aliquot) auszuzeichnen. Bei ihnen findet sich auch schon in Annäherung an die richtige Theorie das pactum de non petendo in rem conceptum. Ueber das geltende Recht s. überhaupt Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 2. §. 25. — Seuffert XX. Nr. 150. — R. G. VIII. S. 148. Die Polemik gegen die von mir vertretene Ansicht bei Fr. Hofmann (Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht III. S. 649—69.) ist nicht verständlich, da er auch die blos obligatorische Wirkung des Erbverzichts leugnet (S. 662—63.), unklar namentlich die Differenz, welche er in der Beschränkung der Freiheit des Renuncianten nach der Seite des rechtlichen Könnens und des rechtlichen Dürfens findet.

[4]) Das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 649., welches dem Erbverzicht nur eine beschränkte Geltung einräumt, bezieht denselben freilich noch auf die Erbschaft; aber das Oesterr. Gesetzb. §. 537. bestimmt: „Hat der Erbe den Erblasser überlebt, so geht das Erbrecht auch vor Uebernahme der Erbschaft — — auf seine Erben über, wenn es anders durch Entsagung oder auf eine andere Art noch nicht erloschen war.“ Vgl. Unger, österr. Erbrecht §. 30. — Das Sächs. Gesetzbuch §. 2560. hat die Vorschrift: „Verzichte auf Erbschaften, Vermächtnisse und Anwartschaften sind nach den Vorschriften über Verträge zu beurtheilen“, handelt dann aber später von dem Verzichte auf das gesetzliche Erbrecht. — Ebenso das Baier. Landr. Th. III. Cap. 11. §. 2—9. Der Code civ. art. 791. verbietet das Geschäft unbedingt.

[5]) Sächs. Landr. B. I. Art. 13. §. 2.

[6]) cap. 2. de pactis in VI.

[7]) Der letzte Jurist, der meines Wissens den Eid für nothwendig hielt, und zwar aus einem, der päpstlichen Decretale irrthümlich untergelegten Grunde, war Leyser, meditt. ad pand. Sp. 45. Vgl. Eichhorn, Einleitung §. 349. Note c. — Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen II. S. 266—67. — Seuffert XIX. Nr. 167. XXVIII. Nr. 144.

Auch die Particularrechte haben über die Form des Erbverzichtes nur selten durchgreifende Vorschriften [8]).

III. Das Geschäft wird zwischen dem künftigen Erben und demjenigen, auf dessen Beerbung verzichtet wird, abgeschlossen; betheiligt sich der letztere nicht als Hauptcontrahent dabei, so liegt ein Vertrag über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten vor. Wenn der Renunciant noch minderjährig, so bedarf es der Zustimmung des Vormundes zur Rechtsbeständigkeit des Verzichtes; ein obrigkeitliches Veräußerungsdecret ist nur für die Entsagung auf ein Notherbenrecht erforderlich.

IV. Der Verzicht kann sich auf jede Art des Erbrechts erstrecken, auch auf ein testamentarisches, was unter Umständen von Bedeutung ist, wenn z. B. der Erblasser die Aenderung seines Testaments vermeiden will [9]). Aus der Aufhebung des Erbrechts folgt aber,

a. daß der Erblasser hinsichtlich der freien Verfügung über seine Beerbung durch das Recht des Renuncianten nicht mehr beschränkt ist, indem in dem Verzichte auf das gesetzliche Erbrecht auch der auf den Pflichttheil liegt;

b. daß der Renunciant aus der Reihe der Erben entfernt wird, so daß, wenn keine Verfügung von Todes wegen vorliegt, der nächste gesetzliche Erbe an seine Stelle tritt [10]).

V. Bei der Berechnung des Pflichttheils für Andere wird der Renunciant nicht mehr mitgezählt [11]).

VI. Was der Renunciant sich als Gegenleistung bei dem Verzichte ausbedungen hat, erwirbt er titulo speciali und nicht als Erbtheil, — eine Regel, die namentlich auch dann eintritt, wenn Kinder bei der Absonderung aus der Were der Beerbung ihrer Eltern entsagt haben [12]).

---

8) Dieck, allgemeine Encyclopädie von Ersch und Gruber XL. S. 426 ff. Das Sächs. Gesetzb. a. a. O. bestimmt: „Die Formen des Erbvertrages sind dabei nicht erforderlich."

9) Ueber die weitere Casuistik vgl. das Erk. des O. A. Gerichts zu Kiel bei Seuffert XVI. Nr. 61.

10) Diese wichtigste Folge des Erbverzichts müßte v. Gerber, System §. 264. Note 1. bei seiner im Sinne der älteren Theorie gefaßten Begriffsbestimmung consequenter Weise aufgeben; denn wenn der künftige Erbe nur auf die aus dieser Eigenschaft hervorgehenden Beschränkungen des künftigen Erblassers verzichten soll, so bleibt das Geschäft in dem Kreise des obligatorischen Vertrages und kann das Erbrecht, um welches es sich handelt, nicht aufheben. Ich halte also meine frühere, in der ersten Auflage allerdings nicht glücklich ausgedrückte Einwendung gegen v. Gerber auch nach dessen Erklärung in der 10. Aufl. a. a. O. Note 2. aufrecht, obschon er jetzt den Inhalt des Geschäftes zum rechtlichen Interesse des einen Theils abzuschwächen versucht hat.

11) Beseler, Lehre von den Erbv. II. 2. §. 28. — Oesterr. Gesetzb. §. 767 — Francke, das Recht der Notherben S. 216 ff. — Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Commentar XXXV. S. 265 ff.

12) Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen II. Nr. 8. §. 8.

VII. Der Erbverzicht kann nur das Erbrecht des Renuncianten erfassen, nicht aber das seiner Erben, insofern es selbständig begründet ist, — selbst wenn das Geschäft ausdrücklich auf die letzteren ist ausgedehnt worden. Hat daher ein Kind den Eltern gegenüber sich seines Erbrechts begeben, und stirbt vor denselben, so bleibt der Anspruch der nachgelassenen Enkel unversehrt. Diese sind nur verpflichtet, dasjenige was etwa der Verstorbene als Abfindung für den Verzicht erhalten hat, bei der Beerbung der Großeltern einzuwerfen[13]; von diesem Grundsatz ist allein in dem Falle, wenn die Absonderung der Kinder aus der Were particularrechtlich als eine definitive behandelt und auch auf die Nachkommen bezogen wird, eine Ausnahme zu machen[14]).

VIII. Eine eigenthümliche Stellung nimmt der Erbverzicht unter dem Adel ein; das Geschäft hängt aber in dieser Anwendung so genau mit den allgemeinen Lehren des Adelsrechts zusammen, daß es erst später in Verbindung mit denselben passend erörtert wird[15]).

Drittes Kapitel.

Die Testamente.

§. 146.

Im Allgemeinen.

Neben den Vergabungen von Todes wegen, welche dem Bedachten ein sofort wirksames unwiderrufliches Vermögensrecht einräumten, kamen bei den Deutschen schon früh einseitige letztwillige Verfügungen unter dem Namen der Testamente vor. Sie sind dem römischen Rechte nachgebildet, indem dieses unmittelbar auf einzelne Volksrechte einwirkte, oder später unter Vermittelung der Geistlichkeit seinen Einfluß geltend machte. Anfangs vorzugsweise bei Zuwendungen zu frommen Zwecken gebraucht[1]), erlangten diese Testamente nach und nach einen weiteren

---

[13]) Hartm. Pistoris, quaest. jur. IV. qu. 7. — S. Strykius, tractatus de successione ab intest. Diss. VIII. cap. 10. §. 78. — Seuffert XXVIII. Nr. 42. Abweichend bestimmt das Sächs. Gesetzb. §. 2561. „Der Verzicht eines Familiengliedes auf das gesetzliche Erbrecht verpflichtet die Erben desselben nicht, ausgenommen wenn der Verzicht zugleich für sie erklärt worden ist."

[14]) D. Mevius, comm. ad jus Lub. p. II. tit. 2. art. 33. nr. 151 sqq. — Beseler, Lehre von den Erbvertr. II. 2. S. 249 ff. 324—25.

[15]) Vgl. a. a. O. §. 26. 27. und unten §. 179.

[1]) Pro anima, zum Heil der Seele, daher Seelgiften, Seelgeräthe genannt.

Wirkungskreis, und wurden seit dem dreizehnten Jahrhundert in manchen Städten die gewöhnliche Geschäftsform für Verfügungen von Todes wegen. Von den deutschen Vergabungen unterschieden sie sich stets durch die Einseitigkeit und Widerruflichkeit; die feineren Bestimmungen der römischen Testamentslehre, insbesondere über die Nothwendigkeit der Erbeseinsetzung und über die Anwendung eines eigenthümlichen Formalismus, wurden jedoch nicht beachtet. Die älteren Testamente pflegten vielmehr eine Anzahl einzelner Vermächtnisse zu enthalten, deren Vollstreckung durch die Einsetzung besonderer Executoren gesichert ward[2]).

Seit der Aufnahme des römischen Rechts ist dasselbe nun auch im Allgemeinen für die Testamente geltend geworden; doch kommen noch Abweichungen von demselben vor, welche, insoweit sie zu selbständigen Instituten geführt haben, in den folgenden §§. zu erörtern sind. Hier nur folgende Bemerkungen.

I. Was zunächst die Form der Testamente betrifft, so hat sich die im canonischen Recht gestattete Abfassung vor dem Pfarrer und zwei Zeugen nur noch in einzelnen Particularrechten erhalten[3]); von überwiegender Wichtigkeit ist dagegen das gerichtliche Testament geworden, und zwar in den beiden Arten der Errichtung vor dem Gerichte (testamentum in jure conditum) und der Uebergabe an das Gericht (testamentum judici oblatum)[4]). Von besonderen particularrechtlichen Formen ist namentlich die Errichtung des Testaments vor Rathmännern oder nach neueren Gesetzen vor deputirten Gerichtsmitgliedern zu erwähnen[5]).

II. Damit ein Testament als solches gelte, ist die Erbeseinsetzung wesentlich; Ausnahmen von diesem Grundsatze im Sinne des älteren Rechts kommen nur noch in wenigen Statutarrechten vor[6]).

III. Die Natur des Testaments als einer letztwilligen Verfügung bedingt die Widerruflichkeit desselben. Ultima voluntas ambulatoria est. Dadurch wird jede Einwirkung des Vertrages auf das Testament fern ge-

---

[2]) Vgl. überhaupt Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. §. 14. — Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte III. S. 156—464. Abweichende Ansichten über den Ursprung der deutschen Testamente s. bei Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte III. §. 455. — Albrecht, die Gewere S. 209 ff.

[3]) c. 10. X. de testamentis. — J. H. Boehmer, J. E. P. III. 26. §. 4. — Glück, Commentar XXXIV. S. 185—86.

[4]) Ausführlich handelt über diese Formen Mittermaier, Grundsätze II. §. 461. Vgl. Buchka und Budde, Entscheidungen III. S. 223—35.

[5]) Rev. Lüb. Recht B. II. Tit. 1. Art. 2. — Frankf. Reform. Th. IV. Tit. 1. §. 2. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 66—71. Vgl. Baumeister, Hamburg. Privatrecht II. §. 107.

[6]) Nürnberger Reformation v. 1565. Tit. 29. Ges. 9. — Hamburg. Stadtr. Th. III. Tit. 1. Art. 22.

halten, und weder das Versprechen, jemanden in einem Testament zum Erben einzusetzen, noch die Verabredung, daß das Testament unwiderruflich sein soll (pactum de non mutando testamento), ist von rechtlicher Wirkung[7]). Anders verhält es sich natürlich, wenn entweder die Absicht der Betheiligten gar nicht darauf gerichtet war, ein Testament oder überhaupt eine letztwillige Verfügung zu begründen und es sich klar herausstellt, daß der Name irrthümlich gewählt worden[8]), oder wenn in Folge einer späteren Willensänderung das einseitige Geschäft in einen Erbeinsetzungsvertrag umgesetzt worden ist. Nur darf nicht angenommen werden, daß die Erklärung, ein Testament nicht ändern zu wollen, dasselbe ohne Weiteres zum Erbvertrag macht oder selbst ein Erbvertrag ist; denn die Privatwillkühr wird hier durch die Natur des Rechtsgeschäftes gebunden[9]).

IV. Das Militair-Testament ist durch die Reichsgesetzgebung in folgender Weise geordnet[10]).

a. Es kann nur in Kriegszeiten oder während eines Belagerungszustandes errichtet werden, und zwar

1) von Militairpersonen im activen Dienste[11]), von der Zeit an, wo sie ihre Standquartiere oder bisherigen Wohnorte im Dienste verlassen oder in denselben angegriffen oder belagert werden.

2) von Personen, welche sich während eines Krieges des deutschen Reichs in irgend einem Dienst- oder Vertragsverhältnisse bei dem kriegführenden Heere befinden oder sonst sich bei demselben aufhalten oder ihm folgen[12]);

---

7) Für diese strenge Auffassung spricht die Natur des Institutes, welche schon bei der ersten Aufnahme der Testamente und auch von der deutschen Jurisprudenz im Ganzen consequent durchgeführt worden ist. Vgl. Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. §. 14. — Pauli, Abhandlungen III. §. 7. Auffallender Weise ist Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Commentar XXXVIII. S. 209 ff. in dieser Frage von der gemeinen Meinung abgewichen, aber aus sehr unzureichenden Gründen; vgl. Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 1. §. 12. Auch das englische Recht hält an demselben Princip fest, s. W. Blackstone, comment. on the laws of England B. II. chapt. 32. Though I make a last will and testament irrevocable in the strongest words, yet I am at liberty to revoke it: because my own act or words cannot alter the disposition of law, so as to make that irrevocable, which is in it's own nature revocable.

8) Pütter, auserlesene Rechtsfälle I. Nr. 42. — Eichhorn, Einleitung §. 343. Note g.

9) Gegen die irrthümliche Auffassung eines solchen Versprechens (s. v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen IV. Nr. 29.) vgl. besonders Buchka, Zeitschrift für deutsches Recht XIII. S. 216. Note 6.

10) Reichs-Militärgesetz vom 2. Mai 1874. §. 44.

11) Es sind die §. 38. näher bezeichneten Personen.

12) Militär-Strafgesetzbuch §. 155—58.

3) von Kriegsgefangenen und Geißeln, solange sie sich in der Gewalt des Feindes befinden.

b) Die Bestimmungen über das Militair-Testament gelten nur für letzwillige Verfügungen. Erbverträge der bezeichneten Personen sind daher nicht ausgeschlossen und nach den Grundsätzen des allgemeinen bürgerlichen Rechts zu beurtheilen.

c) Die Vorrechte des Militairtestaments beziehen sich nur auf die Form, nicht auf den materiellen Inhalt der Verfügung[13]). Es ist gültig

1) wenn es vom Testator eigenhändig geschrieben und unterschrieben worden;

2) wenn es vom Testator eigenhändig unterschrieben und von zwei Zeugen oder einem Auditeur oder Offizier mitunterzeichnet ist;

3) wenn der Testator mündlich testirt und darüber eine schriftliche Verhandlung von einem Auditeur oder Officier aufgenommen wird, unter Zuziehung zweier Zeugen oder noch eines Auditeurs oder Officiers. Die Verhandlung muß dem Testator vorgelesen und von den genannten Personen unterschrieben werden; sie hat dann die Kraft einer öffentlichen Urkunde.

4) Bei verwundeten oder kranken Militairpersonen können die Officiere und Auditeure durch Militairärzte oder höhere Lazarethbeamte oder Militairgeistliche vertreten werden.

5) Die Zeugen sind Beweiszeugen und brauchen nicht die Eigenschaften der Testamentszeugen zu haben. Die Aussage Eines derselben ist vollbeweisend.

d. Das Militair-Testament verliert seine Gültigkeit, falls der Testator am Leben bleibt, mit dem Ablaufe eines Jahres von dem Tage ab, an welchem der Truppentheil, zu dem er gehört, demobil gemacht ist, oder der Testator aufgehört hat, zu dem mobilen Truppentheil zu gehören, oder als Kriegsgefangener oder Geißel aus der Gewalt des Feindes entlassen ist. Die Ungültigkeit tritt jedoch nicht ein, wenn der Testator durch anhaltende Unfähigkeit verhindert wird, anderweitig zu testiren, oder wenn er innerhalb des Jahres vermißt ist und später festgestellt wird, daß er seit jener Zeit verschollen ist.

§. 147.

Das wechselseitige Testament.

Wenn mehrere Personen sich gegenseitig zu Erben einsetzen, so können sie dies in verschiedenen, von einander unabhängigen Testamenten thun, es ist ihnen aber auch gestattet, ihre Verfügungen in Einen Akt zusammen

13) Anträge im Reichstage, für die dem gemeinen Recht unterworfenen Personen die materiellen Vorrechte des römischen Soldatentestamentes anzuerkennen, gelangten nicht zur Annahme.

zu fassen, und dann liegt ein wechselseitiges Testament (testamentum mutuum s. reciprocum) vor. Ein solches wird ein correspectives genannt, wenn die Testatoren ihre Anordnungen so getroffen haben, daß sie sich auf einander beziehen und nur mit und neben einander gelten können, indem die Willensbestimmung des Einen mit Rücksicht auf die entsprechende Willensbestimmung des Andern gefaßt ist[1]).

Verfügungen dieser Art kommen fast nur unter Ehegatten vor, und neuere Gesetze lassen sie auch nur in dieser Anwendung zu[2]). Wechselseitige Zuwendungen unter Ehegatten waren nämlich von jeher bei den Deutschen gebräuchlich und wurden ursprünglich in der Form der Vergabung von Todes wegen beschafft. Später bot sich der Erbeinsetzungsvertrag als das für solche Verfügungen angemessene Geschäft dar, und er wird auch zu diesem Zwecke gebraucht, sowohl in Ehestiftungen als auch in selbständiger Anwendung. Ganz ungeeignet, um den beabsichtigten Erfolg zu erreichen, erscheinen dagegen in der Regel die römischen letztwilligen Verfügungen und namentlich die Testamente; denn das Princip der Widerruflichkeit schließt, wenn Mehrere zusammen testiren, eine wahre Zweiseitigkeit der Willensbestimmungen und die Sicherheit ihrer Dauer aus. Bei den Römern, welche eine Einwirkung des Vertrags auf die Beerbung in keiner Weise zuließen, konnte es nicht wohl vorkommen, daß man durch wechselseitige Erbeseinsetzungen in Testamenten zu einem Ziele zu gelangen suchte, welches unmittelbar durch den Erbvertrag nicht angestrebt werden durfte; die deutsche Jurisprudenz aber, welcher dieses Hinderniß nicht entgegenstand, brauchte überhaupt nicht zu einem Geschäfte zu greifen, dessen Natur der ihm angesonnenen Aufgabe widerstrebte, da in dem Erbvertrage ein angemessener Ersatz für die Vergabung geboten war[3]). Allein unsere Jurisprudenz hat sich durch diese naheliegenden Bedenken nicht bestimmen lassen, die Testamente von dem oben bezeichneten Gebiete fern zu halten; sie hat vielmehr die wechselseitigen Testamente, insbesondere unter Ehegatten in die Praxis eingeführt und über dieselbe eine Theorie entwickelt, deren

---

[1]) Das Baier. Landr. Th. II. Cap. 4. §. 10. 11. unterscheidet noch das testamentum simultaneum, wenn Mehrere in derselben Urkunde testiren, ohne sich gegenseitig zu Erben einzusetzen, — eine Geschäftsform, welche auch den Römern bekannt war; s. Const. Nov. Valentiniani III. de testam. (jus civ. antejust. Berol. II. p. 1320.) Vgl. Seuffert XXXI. Nr. 46.

[2]) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 482. — Oesterr. Gesetzb. §. 1248. Nach gemeinem Recht ist diese Beschränkung nicht anzunehmen; vgl. Baier. Landr. a. a. O. §. 10. — Sächs. Gesetzb. §. 2196—2202. — Strippelmann, neue Sammlung VI. S. 500.

[3]) Auch fehlt es nicht an Gesetzen, welche das wechselseitige Testament ganz verbieten, s. Rev. Lüb. Recht B. II. Tit. 1. Art. 10. — Code civ. art. 968.

Schwäche und Schwankungen sich aus der Beschaffenheit des Institutes selbst leicht erklären[4]).

I. Das wechselseitige Testament wird äußerlich als Ein Geschäft angesehen, so daß es zur Errichtung desselben nur der einfachen Testamentsform bedarf.

II. Wenn nicht eine particularrechtliche Norm oder die ausdrückliche Willensbestimmung der Testatoren entgegensteht, so tritt der Zeitpunkt der Eröffnung ein, wenn Einer der Letzteren gestorben ist[5]).

III. Sind die Verwandten eines oder beider Testatoren ohne nähere Bezeichnung in dem wechselseitigen Testamente bedacht, so ist im Zweifel anzunehmen, daß diejenigen gemeint sind, welche bei dem Tode des Längstlebenden die nächsten gesetzlichen Erben sind (also successio ex nunc)[6]).

IV. Die wechselseitige Erbeseinsetzung im Testamente schließt dessen freie Widerruflichkeit an sich nicht aus. Der Eine Testator kann vielmehr seine Verfügung aufheben oder abändern, ohne daß die des Andern davon berührt wird[7]).

V. Die ältere Theorie führte dies auch für das correspective Testament consequent durch[8]); allein bei diesem geht die Absicht der Testirer über das blos äußerliche Zusammentreffen mehrerer neben einander stehenden

---

4) Das Hauptinteresse der Lehre liegt in der Frage, ob die wechselseitigen Testamente widerruflich oder unwiderruflich sind, und auf diesen Punkt bezieht sich auch hauptsächlich die Litteratur. Unter den neueren Bearbeitungen sind zu nennen: v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen IV. Nr. 29. — C. G. Biener, opusc. acad. edd. F. A. Biener II. Nr. 37. (quaest. cap. XL.) — Hasse, im rhein. Museum III. S. 239 ff. — Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Commentar XXXVIII. S. 214 ff. — Beseler, Lehre von den Erbvertr. II. 1. §. 13. — Strippelmann, neue Sammlung VI. Nr. 37. — G. Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten. Braunschweig 1860.

5) Strippelmann a. a. O. I. Nr. 14. (auch bei Seuffert II. Nr. 310.)

6) S. das Erk. des O. A. Gerichts zu Kiel bei Seuffert VIII. Nr. 150. Vgl. Sächs. Gesetzb. §. 2202.

7) Eine interessante Rechtsfrage ist in dem Erk. des O. A. Gerichts zu Rostock (Budde und Schmidt, Entscheidungen VI. S. 276 ff. und Seuffert XXV. Nr. 140.) erörtert und verneint worden, — ob nämlich in einem wechselseitigen Testamente die gegenseitige Erbeseinsetzung erforderlich sey. Ich möchte jedoch die Antwort nicht so allgemein fassen, sondern namentlich in Hinblick auf Ehegatten, die in Gütergemeinschaft leben, sie dahin beschränken, daß die gemeinschaftliche Erbeseinsetzung eines Dritten die gegenseitige unter Umständen ersetzen kann. Die Bezeichnung einer solchen Verfügung als welchselseitiges Testament ist dann freilich nur im uneigentlichen Sinne zu nehmen.

8) Die principielle Begründung, welche für die Späteren lange maaßgebend war, findet sich zuerst bei Oldradus Pontanus Laudensis, consilia Nr. 174. Vgl. Beseler, Lehre von den Erbvertr. II. 1. S. 327 ff.

Willensbestimmungen hinaus. Auch verhält sich die Sache gewöhnlich so, daß Eheleute ein solches Testament errichten, und zwar, wenn sie in Gütergemeinschaft leben, um über das Ehevermögen gemeinsame Anordnungen zu treffen[9]), oder, wenn keine Gütergemeinschaft unter ihnen besteht, um durch wechselseitige Erbeseinsetzung dem Ueberlebenden den Nachlaß des zuerst Verstorbenen zuzuwenden, und dann über die vereinigte Gütermasse weiter zu verfügen. In beiden Fällen widerstrebt es aber dem Willen der Testirer und der Natur des Geschäftes, die Eine Verfügung unabhängig von der andern bestehen zu lassen. Man hat daher auf verschiedene Weise hier einen Ausweg zu finden gesucht.

a. Mann hat das correspective Testament einfach für einen Erbeinsetzungsvertrag erklärt und als solchen beurtheilt[10]). Allein diese Ansicht steht, wenn nicht im einzelnen Falle festgestellt werden kann, daß wirklich ein solches Geschäft beabsichtigt worden ist, mit den allgemeinen Regeln über die Auslegung der Rechtsgeschäfte in Widerspruch[11]).

b. Auch das correspective Testament kann einseitig widerrufen werden; aber wenn dies geschehen ist, so fällt auch die Verfügung des andern Theils weg, und die ganze Anordnung ist unwirksam geworden. Diese Auffassung findet sich schon bei älteren Juristen, und ist namentlich auch von Hasse vertheidigt worden, indem er den Unzuträglichkeiten, welche dadurch herbeigeführt werden, durch Cautionen begegnen will[12]).

c. Allein diese bieten hier nur eine sehr unvollkommene Hülfe, und so erklärt es sich, daß schon früh die Ansicht sich geltend gemacht hat, daß das correspective Testament von dem Ueberlebenden nicht mehr widerrufen werden kann, wenn er die Erbschaft aus demselben angetreten hat. Zuerst

---

[9]) Nach dem Princip der ehelichen Gütergemeinschaft läßt sich die Ansicht rechtfertigen, daß eine solche gemeinsame Verfügung der Ehegatten über das Ehevermögen als von Einer Person ausgegangen zu betrachten und daher, wenn nach Auflösung der Ehe durch den Tod des Einen Ehegatten der ursprüngliche Testator nicht mehr widerrufen kann, schon deswegen als unumstößlich gelten müsse. Allein in dieser Consequenz findet sich der Begriff des Gesammteigenthums bei der Formulirung der wechselseitigen Testamente selten durchgeführt; vielmehr pflegen die gemeinsamen Anordnungen durch die wechselseitige Erbeseinsetzung eingeleitet und vermittelt zu werden.

[10]) v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen a. a. O. §. 7. 8. (vgl. oben §. 146. Note 9.)

[11]) C. G. Biener, opusc. acad. l. c. — Hasse a. a. O. III. S. 259. — Seuffert XXIII. Nr. 197. XXX. Nr. 42.

[12]) D. Mevius, comm. ad jus Lub. P. II. tit. 1. art. 10. nr. 39—43. — J. S. Stryk, de testam. conjug. recipr. (S. Stryk. opp. XI. diss. 26.) §. 79. — Hasse a. a. O. S. 500—49., dem ich früher (Lehre von den Erbvertr. II. 1. §. 13.) gefolgt bin.

namentlich von sächsischen Juristen aufgestellt und in die sächsische Praxis übergegangen[13]), hat diese Ansicht auch vom Standpunkte des römischen Rechtes aus ihre Vertheidiger gefunden[14]), und entspricht jedenfalls der Natur des correspectiven Testaments in seiner geschichtlichen Ausbildung und positiven Begründung, so daß sie, wie auch die Praxis der Gerichtshöfe zeigt, als ein Ergebniß des neueren Gewohnheitsrechts aufrecht erhalten werden muß[15]).

d. Veräußerungen und selbst Freigebigkeiten unter Lebenden sind dem Ueberlebenden ebenso wenig unbedingt untersagt, als es bei dem Erbeinsetzungsvertrage der Fall ist[16]).

§. 148.

Die Testamentsvollstreckung.

Da die älteren Testamente, welche bereits vor der Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland vorkamen, nur aus einzelnen Vermächt-

[13]) Wernher, sel. observatt. for. P. II. obs. 378. — Hommel, rhaps. quaest. I. obs. 166. — Vgl. Emminghaus, Pandekten des gem. sächs. Rechts S. 688—93. und Sächs. Gesetzb. §. 2214. „Hat der Ueberlebende die Erbschaft des Zuerstgestorbenen aus dem gemeinschaftlichen letzten Willen angenommen, so kann er seine eigenen Verfügungen nicht widerrufen."

[14]) S. besonders Mühlenbruch, Pandekten-Commentar Th. 38. S. 240 ff. Er beruft sich theils auf die jetzt geltende Beschränkung der Testirfreiheit durch Verträge (vgl. oben §. 141. Note 4. §. 146. Note 7.), worin ihm Buchka, Zeitschrift für deutsches Recht XII. Nr. 6. beistimmt, theils auf die römischrechtliche, durch Privatwillkühr nicht zu beseitigende Wirkung der Erbschaftsantretung.

[15]) Vgl. die Erk. der Oberappellationsgerichte zu Cassel bei Strippelmann, neue Sammlung VI. 37., vgl. II .Nr. 25. und bei Seuffert IV. Nr. 64., — zu Dresden bei Seuffert II. Nr. 72. 204. IX. Nr. 180., — zu Darmstadt a. a. O. VI. Nr. 221. X. Nr. 184., — zu Jena a. a. O. VII. Nr. 200., — zu Celle a. a. O. XI. Nr. 57., — zu Kiel a. a. O. XVI. Nr. 123. — Derselben Ansicht folgt das O. A. Gericht zu Rostock, indem es nur dem Ueberlebenden Verfügungen (im vorliegenden Fall letztwillige) gestattet, welche den ganzen positiven Inhalt des Testaments bestehen lassen, und lediglich als erläuternde und ergänzende Zusätze erscheinen; s. Buchka und Budde, Entscheidungen III. S 251—52. Dagegen bindet das O. A. Gericht zu München (Seuffert XV. Nr. 140.) den Längstlebenden nicht an die frühere Verfügung hinsichtlich seiner Verwandten, und das O. A. Gericht zu Stuttgart (a. a. O. II. Nr. 72.) gestattet überhaupt dem Längstlebenden den freien Widerruf seiner Verfügung auch nach der Antretung. Die erstere Auffassung hat freilich das für sich, daß der Verstorbene wahrscheinlich nur zu Gunsten seiner Verwandten den Willen des Ueberlebenden gebunden hat; aber es fehlt doch die rechtliche Sicherheit, welche ohne Weiteres jene Unterscheidung bei der gemeinschaftlichen Verfügung rechtfertigen könnte. Diese ist vielmehr nach der Antretung in ihrem ganzen Umfange aufrecht zu halten, wie auch das Reichsgericht (VI. Nr. 46.) als im Gewohnheitsrecht begründet anerkannt hat.

[16]) S. oben §. 143. Nr. III. und Seuffert XXII. Nr. 45.

nissen bestanden, welche auf den Nachlaß gelegt wurden, so mußte es von besonderer Wichtigkeit erscheinen, ihre Vollstreckung unabhängig von dem guten Willen der gesetzlichen Erben zu machen. Zu diesem Behuf bediente man sich gewisser Mittelspersonen, der Testamentarien, Treuhänder, Executoren, Provisoren und wie sie sonst noch genannt wurden, welche von dem Testator im Testament ernannt wurden, um in seinem Namen den Nachlaß zu reguliren, denselben zu vertheilen und insbesondere die Ausrichtung der Vermächtnisse zu beschaffen. Man übertrug zu diesem Zweck das Institut der Salmannen, durch deren Vermittelung die Vergabung von Todes wegen häufig zu geschehen pflegte, auf das letztwillige Geschäft[1]), benutzte aber auch die Vormundschaft, welche für Verstorbene bestellt werden konnte, zur weiteren Ausbildung der Testamentsvollstreckung, indem man insbesondere in manchen Stadtrechten die Vertretung des Erblassers durch die Testamentarien so weit ausdehnte, daß ihnen auch die Vogtei über dessen Wittwe und Kinder übertragen wurde[2]). Das canonische Recht schloß sich dieser Rechtsentwickelung an, indem es gleichfalls die Vollstreckung der Testamente den vom Testator ernannten Executoren unter Aufsicht der Bischöfe überließ[3]).

Als später die Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland statt fand und die Testamentslehre in ihrem ganzen Umfange zur Geltung gelangte, konnte man, da nun eine Erbeseinsetzung im Testamente vorgenommen werden mußte, der Einrichtung besonderer Testamentsvollzieher entbehren. Auch stand dieselbe mit dem römischen Rechte nicht in Einklang, da dieses dem Testator nicht die Machtvollkommenheit beilegt, die Vollstreckung des letzten Willens von der Person des Erben zu trennen. Allein man hatte sich einmal an das Institut gewöhnt und behielt es für das, im Uebrigen nach dem Vorbilde des römischen Rechts eingerichtete Testament bei, indem man einen Werth darauf legte, daß der Testator die Ausrichtung seines Willens und namentlich auch die Regulirung des Nachlasses geschäftskundigen, besonders betrauten Personen übertragen könne. Die Jurisprudenz des sechszehnten und siebenzehnten Jahrhunderts bediente sich bei der Entwickelung dieser Lehre der Analogie der Vormund-

---

1) Albrecht, die Gewere §. 23. — Beseler, Lehre von den Erbverträgen I. §. 15. 16. — Pauli, Abhandlungen III. S. 308—16. — Merkel, Zeitschrift für Rechtsgesch. II. S. 147. 152.

2) Kraut, die Vormundschaft I. S. 11. 31 ff. 263 ff. — Pauli a. a. O. S. 316 ff.

3) cap. 3. 6. 17. 19. X. de testamentis. — Guilel. Durandus, speculum juris lib. II. p. 2. De instrumentorum editione §. 13. Vgl. überhaupt meine Abhandlung von den Testamentsvollziehern in der Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 144—228. 522—23.

schaft, auf welche sie theils durch den Vorgang der älteren Stadtrechte, theils aber durch den Umstand hingewiesen ward, daß eine von dem Willen der Erben unabhängige Vertretung des Erblassers statt fand, welche regelmäßig auch eine gewisse Güterverwaltung in sich schloß[4]). Die ältere Gesetzgebung folgte dieser Auffassung[5]); allein im Laufe des achtzehnten Jahrhunderts machte sich eine andere Ansicht von dem Wesen des Institutes geltend. Indem man nämlich die Punkte, in welchen die Anwendung der Vormundschaftslehre bedenklich erschien, mit besonderem Nachdruck hervorhob, ließ man diese Analogie fallen und nahm an deren Statt ein Mandatsverhältniß an, welches durch die Bestellung des Executors von Seiten des Testators begründet werden sollte[6]). Dieser Ansicht sind wieder die neueren Gesetzgebungen gefolgt[7]); allein sie ist juristisch unhaltbar und trifft nicht das Wesen der Sache. Denn an ein Mandat der Erben, welches diese nicht ertheilt haben und nicht verändern oder zurücknehmen können, ist natürlich nicht zu denken; ein Mandat des Erblassers, welches erst nach dessen Tode wirksam werden soll, ist überhaupt unzulässig und kann hier so wenig wie bei dem Fideicommiß untergelegt werden. Der Auftrag, den der Testator den Executoren ertheilt, ist vielmehr eine letztwillige Anordnung, dazu bestimmt, die Erben ganz oder theilweise von der Vollziehung seines Testaments auszuschließen. Diese dem römischen Recht fremde Einrichtung ist gewohnheitsrechtlich ausgebildet worden; sie enthält eine Erweiterung der Testirfreiheit und begründet eine Repräsentation des Erblassers durch den Executor, welche im Gegensatz zu der materiellen Vermögensvertretung durch den Erben als eine formelle sich dar=

---

[4]) Executores ultimarum voluntatum tutoribus aequiparantur. S. J. Mynsinger, respona jur. dec. IV. resp. 35. nr. 24. — A. Faber, errores pragmat. dec. LXVI. err. 6—10. — B. Carpzov, jurispr. Rom. Saxon. p. III. const. 13. def. 37. 38. — Opus decis. p. II. dec. 159. — D. Mevius, comm. ad jus Lub. p. II. tit. 1. art. 15. — Consilia Tubing. vol. II. cons. 52. nr. 4—8. — W. A. Lauterbach, de executoribns voluntt. ultt. Tubing. 1668. — S. Stryke, de officio executoris ultt. voluntt. in opp. vol. X. disp. 10.

[5]) Nürnberger Reform. v. 1565. Tit. 22. — Frankf. Reform. Th. IV. Tit. 11. — Württemb. Landr. Tit. 27. Ueber die Stellung der Lehre im neueren Lübischen Rechte s. Pauli a. a. O. §. 17.

[6]) H. de Cocceji, exercitt. curios. vol. II. disp. 47. — F. G. Zoller, de executoribus ultt. voluntt. Lips. 1763. — Klaproth, Abhandlung von Testamenten (Göttingen 1782.) §. 110. und die neueren Romanisten, besonders Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Commentar XLIII. S. 390—448. Einige wollen jedoch die Lehre nach dem Recht des arbiter construiren, s. Leyser, meditt. ad pand. spec. 374. med. 8. — Hellfeld, jurisprud. for. §. 1503. — Roßhirt, Zeitschrift für Civilrecht und Criminalrecht Heft II. S. 217—33.

[7]) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 657—62. — Oesterr. Gesetzb. §. 816. — Sächs. Gesetzb. §. 2230—45.

stellt, — in ihrer Wirkung beschränkt durch den Willen des Erblassers und das Interesse der Erben und der Vermächtnißnehmer[8]).

I. Die Testamentsvollstrecker werden durch den Testator bestellt. Auch die Erben können allerdings in Erbschaftsangelegenheiten Bevollmächtigte ernennen, aber diese stehen unter den gewöhnlichen Grundsätzen des Mandats und hängen mit dem hier behandelten Institut nicht zusammen[9]). — Eine Verpflichtung zur Uebernahme des ihnen anvertrauten Geschäftes besteht für die Executoren nicht; haben sie es aber einmal übernommen, so dürfen sie es nicht willkührlich wieder aufgeben.

II. Ueber die rechtliche Stellung der Testamentsvollstrecker und den Umfang ihrer Obliegenheiten und Befugnisse entscheidet zunächst der Wille des Testators, welcher nach den allgemeinen Grundsätzen über die Auslegung der Testamente festzustellen ist.

---

[8]) Eine selbständige Entwickelung der Lehre hat der Code civ. art. 1025—34., während das Baier. Landr. Th. III. Cap. 2. §. 15—20. auf Grund der älteren Theorie die Analogie der Vormundschaft maaßgebend sein läßt, was sich auch wohl in der Praxis einzelner Länder wiederholen wird. Unter den neueren Rechtslehrern erkennen manche die selbständige Bedeutung des Institutes an, und halten insbesondere die Annahme eines Mandatsverhältnisses nicht für ausreichend zur rechtlichen Beurtheilung desselben, ohne jedoch ein leitendes Prinzip aufzustellen; s. v. Kreittmayr zum Baier Landr. a. a. O. §. 15. — F. A. Dürr, de manufidelibus, Mogunt. 1762. und in A. Schmidt, thesaurus jur. eccl. tom. VI. nr. 8. p. 328—81. — Hofacker, principia jur. civ. tom. II. lib. 5. tit. 3. — Günther, principia jur. rom. priv. noviss. II. §. 803. — Scholz III., über Testaments-Vollzieher. Altenburg 1841. — Wolff, Lehrbuch I. §. 194. — Hinschius, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege I. Nr. 22. 27. Der im Text aufgestellten, in der angef. Abhandlung von mir näher begründeten Ansicht folgen Mittermaier, Grundsätze (7. Aufl.) §. 464. — Phillips, Grundsätze II. §. 176. — Bluntschli, deutsches Privatrecht §. 247. — Hillebrand, Lehrbuch §. 221. — Walter, System §. 423. — Seuffert, Blätter für Rechtsanwendung 1856. Nr. 16. — Elvers, Archiv für pract. Rechtswissenschaft IV. S. 145. — Baumeister, Hamburg. Privatrecht II. §. 113. Nr. IV. — Dernburg, Lehrbuch III. §. 164—69. — Desgleichen die Praxis des O. A. Gerichts zu Cassel, s. Strippelmann, neue Sammlung V. Nr. 25. — Heuser, Annalen der Justizpflege 3. Jahrg. S. 208 ff. Auch das O. A. Gericht zu Rostock (s. Buchka und Budde, Entscheidungen IV. Nr. 82. und bei Seuffert XVIII. Nr. 89.) verwirft das Mandatsverhältniß, hält aber die formelle Repräsentation des Erblassers nicht für begründet, weil dafür neben dem Erben kein Raum sei (allerdings nicht nach römischem Rechte), und legt dem Testamentsexecutor die Stellung einer Mittelsperson bei, nach Maaßgabe der ihm vom Testator übertragenen Vollmachten (die aber oft gar nicht bestimmt festgesetzt werden, indem man sich begnügt, einfach die Testamentsvollstrecker zu bestellen). Vgl. auch Pauli a. a. O. §. 15—17.

[9]) Die Ansicht von Leyser, meditt. ad pand. spec. 374. med. 4., daß auch die Erben s. g. executores pactitii bestellen können, ist ohne Einfluß auf die Praxis geblieben, indessen vom Sächs. Gesetzb. §. 2230. adoptirt worden.

III. Nach diesem Princip muß auch, wenn das Particularrecht keinen weiteren Anhalt gewährt, im Zweifel die Frage entschieden werden, ob dem Executor nur die Verpflichtung obliegt, für die Aufrechterhaltung und Vollziehung des Testaments Sorge zu tragen, oder ob er auch die Regulirung des Nachlasses und die damit verbundene Verwaltung zu übernehmen hat. Gewöhnlich wird es freilich die Absicht des Testators sein, ihm auch das letztere Geschäft zu übertragen; doch läßt sich nicht unbedingt eine Vermuthung dafür aufstellen[10]).

IV. Im Allgemeinen hat der Executor auf die Erklärung der Erben wegen der Antretung der Erbschaft zu dringen[11]); wird das Testament angefochten, so kann er unter Zuziehung der Betheiligten die Vertheidigung übernehmen, oder, falls die Erben belangt sind, ein Interventionsrecht geltend machen[12]). Er muß ferner über die genaue Erfüllung der letztwilligen Verfügung wachen, und kann zu diesem Behuf die erforderliche Auskunft von den Betheiligten verlangen.

V. Ist dem Executor auch die Regulirung des Nachlasses übertragen worden, so stehen ihm wie überhaupt bei der Güterpflege Verwaltungsbefugnisse zu, für welche die Vormundschaftslehre im Allgemeinen die geeignete Analogie darbietet. Er hat ein Inventar zu errichten, den Besitz der Erbschaftssachen zu ergreifen, die ausstehenden Forderungen einzutreiben, die Schulden zu bezahlen, und überhaupt die Erbmasse in ihrem Activbestande rein herzustellen, damit sie an die Erben und Vermächtnißnehmer vertheilt werden kann. Zu Veräußerungen ist er dagegen nur ausnahmsweise befugt, wenn nämlich die Anordnung des Testators ihn dazu ermächtigt, oder eine rechtliche Verpflichtung vorliegt, oder die Veräußerung sich in den Grenzen der gewöhnlichen Wirthschaftsführung hält. — Bei Ausrichtung dieser Geschäfte muß der Executor die möglichste Beschleunigung eintreten lassen, ohne daß ihm jedoch gemeinrechtlich eine bestimmte Frist dazu vorgeschrieben ist[13]).

---

[10]) Strippelmann a. a. O. S. 288–89. Vgl. Seuffert VI. Nr. 226. XV. Nr. 34.

[11]) Zur Activlegitimation des Testamentsexecutots gehört also nicht schlechthin der Nachweis, daß die Erbschaft angetreten sei, vgl. Seuffert XXXI. Nr. 50.

[12]) Daß der Testamentsvollstrecker Dritten gegenüber zur Aufrechthaltung des Testamentes Verträge schließen und insoweit er im Interesse der Erben handelt, diese dabei vertreten kann, ist nach seiner ganzen Stellung nicht zu bezweifeln, s. Seuffert XXIII. Nr. 235. — R. G. IX. Nr. 56. Vieles wird dabei freilich der Erwägung des einzelnen Falles zu überlassen sein.

[13]) Particularrechte haben über diesen Punkt besondere Bestimmungen, s. Nürnberger Reform. Tit. 22. Ges. 2. — Frankf. Reform. Th. IV. Tit. 11. §. 7. — Württemb. Landr. Tit. 27. §. 4. Die ältere gemeinrechtliche Theorie war auch geneigt, eine solche Frist anzunehmen, kam aber zu keinem Einverständniß über deren Dauer.

VI. Mehrere Testamentvollstrecker haben, insoweit die Geschäfte nicht vom Testator unter ihnen vertheilt sind, dieselben so viel wie möglich gemeinsam zu führen, wenn auch in dringenden Fällen Einer allein handeln kann[14]). Haben sie unter sich nach Uebereinkunft die Geschäftsführung getheilt, so sind sie doch solidarisch aus derselben verhaftet[15]).

VII. Der Executor muß alle Sorgfalt aufwenden[16]); Kosten und Auslagen, die als Erbschaftsschuld zu betrachten sind, kann er ersetzt verlangen, dagegen hat er keinen Anspruch auf ein Honorar, wenn der Testator ihm ein solches nicht ausgesetzt hat[17]).

VIII. Den Erben gegenüber ist der Executor selbständig gestellt; denn wenn er auch in ihrem Interesse handelt, so hat er doch gleichfalls das Recht der Vermächtnißnehmer wahr zu nehmen, und überhaupt ist ihm sein Auftrag unmittelbar von dem Testator übertragen, dessen Willen er kraft dieses Auftrages nach bestem Ermessen zu erfüllen hat. Er muß aber den Betheiligten, namentlich den Erben von seiner Geschäftsführung, und zwar in der Regel nach deren Beendigung, Rechnung ablegen und auf jedes besondere Interesse billige Rücksicht nehmen. Sie sind überhaupt seiner Willkühr nicht unterworfen, und können daher ihre Klagen und Beschwerden bei dem zuständigen Gerichte gegen ihn anbringen[18]). — Eine Gerichtsbarkeit steht dem Executor natürlich nicht zu, wenn ihm auch vom Testator eine schiedsrichterliche Stellung, welche sich jedoch nicht auf die Pflichttheilsberechtigung erstrecken darf, eingeräumt werden kann.

IX. Die Testamentsvollstreckung ist an und für sich eine reine Privatangelegenheit, und eine obrigkeitliche Cognition von Amts wegen nur inso-

---

14) cap. 2. de testamentis in VI. — Frankfurt. Reform. a. a. O. §. 6. — Württemb. Landr. a. a. O. §. 3. — Baier. Landr. Th. III. Cap. 2. §. 19.

15) Code civ. art. 1033. Eine solidarische Verhaftung blos für gemeinschaftliches Handeln gelten zu lassen (s. Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 202.), halte ich nicht mehr für richtig.

16) Die Analogie der Vormundschaft, die ich früher für den nicht salarirten Executor angenommen habe (a. a. O. S. 523.), paßt hier nicht, weil der Vormund zur Uebernahme seines Amtes verpflichtet ist. Vgl. das Erk. des O. A. Gerichts zu Lübeck bei Seuffert IV. Nr. 116. Wegen Untreue ist der Testamentsvollstrecker wie der Vormund strafrechtlich verhaftet; s. St. G. B. Art. 266. Schon diese Bestimmung läßt die Ansicht (Seuffert XXXVI. Nr. 281.), daß der Testamentsexecutor nur auf den Antrag sämmtlicher Erben wegen Pflichtwidrigkeit von seinem Amte entfernt werden könne, als unbegründet erscheinen. Aber es sprechen noch andere, civilrechtliche Gründe dagegen, welche auch für die Entfernung wegen Unfähigkeit zutreffend sind.

17) Den mit einem Vermächtniß bedachten Testamentsvollstrecker pflegt man wohl als executor mixtus zu bezeichnen; doch wird von Einigen derjenige so genannt, welchem die Regulirung des Nachlasses übertragen worden ist.

18) Vgl. das Erk. des O. A. Gerichts zu Dresden bei Seuffert IX. Nr. 188.

weit begründet, als sie überhaupt in Erbschaftsangelegenheiten statt findet. Freilich hat die Analogie der Vormundschaftslehre in Betreff der Bestellung der Executoren, ihrer Beaufsichtigung u. s. w. die ältere Theorie beherrscht; sie hat aber für das gemeine Recht keine positive Geltung mehr, so einflußreich sie auch in einzelnen Particularrechten geworden ist[19]).

X. Zuweilen geschieht es, daß der Testator die Ausrichtung einer einzelnen Anordnung seines Testamentes, z. B. die Begründung und Leitung einer frommen Stiftung, einem Executor überträgt, der in allen übrigen Beziehungen dem Testamente und dessen Vollstreckung fremd bleibt. Ein solcher Specialexecutor hat seinen bestimmt abgegrenzten Geschäftskreis; er muß sich die ihm überwiesenen Sachen und Geldmittel von dem Erben oder dem Universalexecutor überantworten lassen, und hat dann nach Maaßgabe der testamentarischen Verfügung den ihm gewordnen Auftrag zu erfüllen. In Betreff frommer Stiftungen ist er dabei der obrigkeitlichen Aufsicht unterworfen[20]).

XI. Aehnlich wie die Vollstreckung der Testamente kann auch die eines Erbeinsetzungsvertrags besonderen Executoren übertragen werden. Die Bestellung geschieht dann in dem Vertrage, sei es zwischen dem Erblasser und dem Vertragserben, oder zwischen ihnen und dem Executor. Die getroffene Uebereinkunft und der Inhalt des Erbvertrags sind in einem solchen Falle anstatt der letzwilligen Verfügung für die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses maaßgebend.

---

19) Strippelmann a. a. O. S. 289 ff. Das particulare Gewohnheitsrecht kann natürlich auch in dieser Beziehung eine dem Gesetze gleiche Wirkung äußern.

20) Der frommen Stiftung steht in dieser Hinsicht jede andere gleich, welche zu gemeinnützigen Zwecken errichtet wird, s. Durandus, speculum jur. lib. II. p. 2. De instrumentorum editione §. 13. nr. 63. — J. H. Boehmer, J. E. P. tom. II. lib. 3. tit. 26. §. 12. Vgl. oben §. 71.

Druck von W. Pormetter in Berlin C.

a.

Beseler, Georg,

System des gemeinen deutschen Privatrechts

Bd.: 1

1885